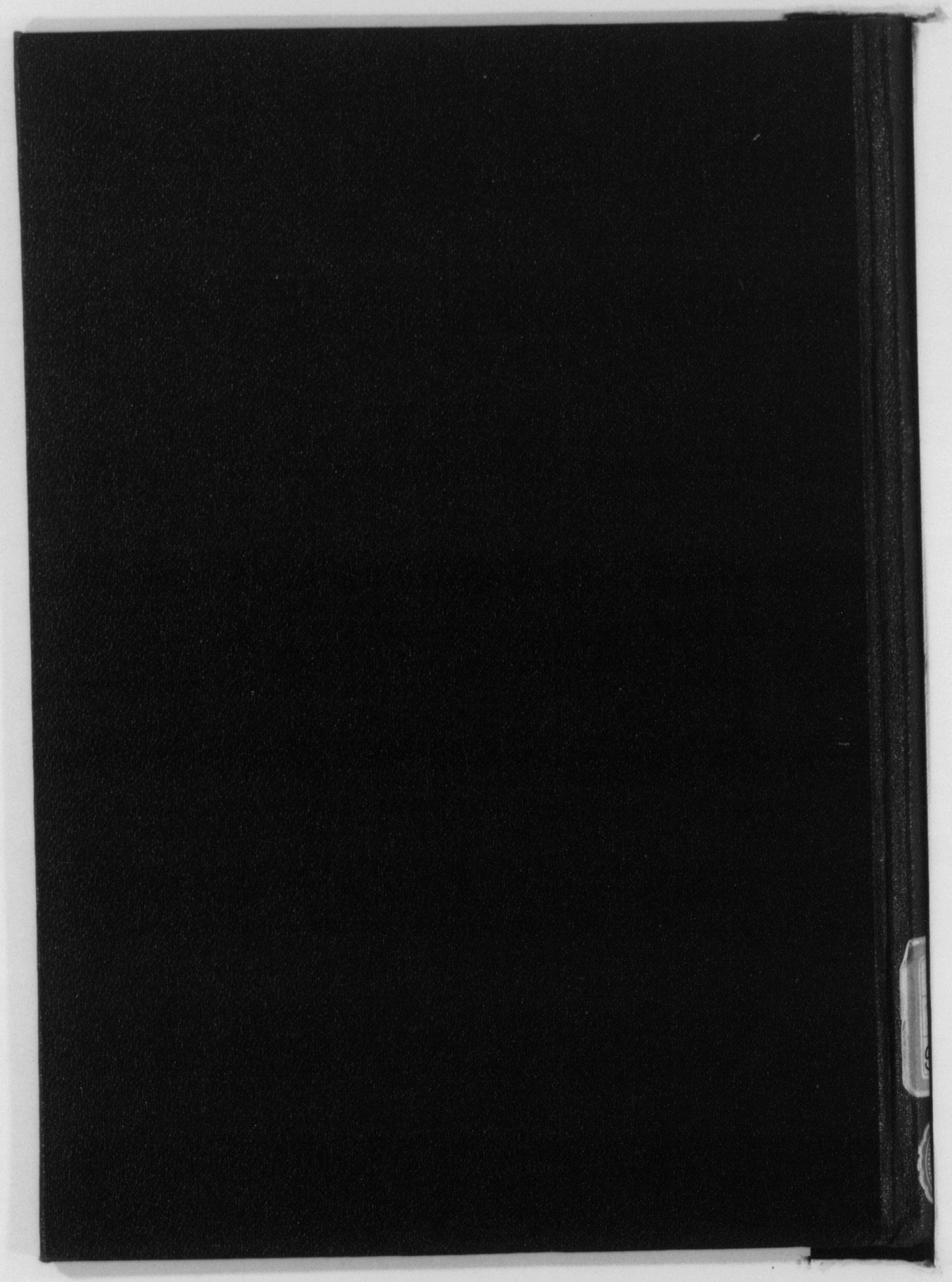

刑政（季刊） 第57巻第1号

9130

秘密

刑政

昭和十八年十二月二十八日納本
昭和十九年一月一日發行（一・四・七・十月各一日發行）
季刊 第五十七卷 第一號

矯正図書

第五十七卷 第一號

論說

十七條憲法と刑法……木村龜二…一
國學の傳統と日本刑法の理論……佐伯千仞…三

資料

ナチス・ドイツの戰時刑法(三)……六三
刑政年報・刑事關係文獻……七八

財團法人 刑務協會發行

矯正図書館所蔵

前號内容（第五十六卷四號）

論　說

行刑と刑事訴訟との關聯……國藤重光

經濟統制事犯……八木胖

燈火管制と犯罪……市川秀雄

資　料

ナチス・ドイツの戰時刑法

一九四〇年ドイツ統一行刑規程

刑政年報・刑事關係文獻

十七條憲法と刑法

木村龜二

一　十七條憲法の三つの側面
二　十七條憲法の倫理的意義
三　十七條憲法に於ける刑法思想
四　日本的道德原理と十七條憲法

一

日本書紀には、推古天皇の十二年夏四月丙寅の朔の戊辰の日皇太子親ら攝めて憲法十七條を作り給ふとある。今から約千三百四十年の昔のことである。爾來十七條憲法に關する研究は甚だ多くの人々に依り諸種の立場から試みられて今日に至り、今日益〻その研究が盛に行はれつつある。これ等の研究の間に於て自ら明白なものとして看取せられ、且つ、明確に區別せられることを要すると考へられるのは三つの點であらう。それは、十七條憲法を研究する態度に關し、且つ、同時に十七條憲法そのものの持つ意義に關する。その三つとは、第一は十七條憲法の歷史的研究乃至その歷史的意義であり、第二は十七條憲法の思想の系譜的研究乃至その系譜的意義であり、第三は十七條憲法の倫理的研究乃至その倫理的意義である。

先づ第一の十七條憲法の歷史的研究乃至その歷史的意義の根本的に重要なることは、十七條憲法が一箇の儼然たる

矯正図書館所蔵

歴史的事實たることより見て當然である。この側面に於ては、既に憲法制定の年代、起草者等に關し若干の異說がないではないが、今日では推古天皇の十二年に制定せられ、聖德太子の御肇作にかかることは定說と謂つてよい。又、十七條憲法が後世の立法に對して及ぼした影響も、その歴史的意義を明かにするものとして甚だ重要なる歴史的研究の對象を形造つて居る。特に、十七條憲法の內容が當時の我が國の政治的社會的關係に於て如何なる意味を持つて居つたか、又それが憲法の起草者であられ給ふた聖德太子の御思想に於て如何なる意味を持つて居つたかは重要なる歴史的研究の課題たることを失はない。右の最後の問題の中、第一の十七條憲法の內容が當時の政治的社會的關係に對して持つたところの意義に關しては、例へば、憲法第一條の「和を以て貴しと爲す」は當時の氏族制度の弊害としての閥族の爭鬪を誡められたものであり、第三條の「詔を承けては必ず謹め」の條は、やはり、當時の權臣强族がその驕僭を恣にし動もすれば皇室の尊嚴を冒瀆するものあるのに對して君臣の大義明分を明かにせられたものであり、又、第一二條の「國司・國造、百姓に斂ること勿れ」は中央集權政治確立の意圖を表明せられたものである等々と解せられ、全體として十七條憲法御肇作の根本動機は我が國體の闡明に在つたと爲されて居る。又、第二の十七條憲法の內容が聖德太子の御思想に於て如何なる地位を持つたかに關しては、最近特に白井敎授、姉崎博士等に依つて十七條憲法と三經義疏との關係が論究せられつつある（一）。これ等の研究は專ら十七條憲法の歴史的意義を確定せんとするものであつて、先づ十七條憲法はその歴史的事實としての意義が論定せられることを要するのである。

（一） 白井成允敎授「十七條憲法と勝鬘經義疏との思想的連關」聖德太子全集第一卷第五八九頁以下、姉崎博士「御集成の三經義疏抄と十七條憲法の條章及外國語譯文に就て」同第六三一頁以下、「三經義疏に參照して十七條憲法の意義內容」帝國學士院紀事第一卷第一號第一頁以下參照。尙ほ、最近特に五十嵐祐宏學士著憲法十七條序說第六七頁以下に於ては、憲法の理解に對して義疏の研究の重要なる所以が强調せられて居る。

第二の十七條憲法の思想の系譜的研究乃至その意義といふのは、憲法の內容となつて居るところの思想が何處から來たか及びそれが後世の何處へ傳はつて居るかを明かにすることを指すのであるが、これも亦甚だ重要な問題たることは謂ふまでもなからう。これに關しては、例へば武內敎授は、十七條憲法の全文の中、第二條の「篤く三寶を敬へ」（篤敬三寶）の條と第一〇條の「忿を絕ち、瞋を棄て」（絕忿棄瞋）の條とが佛敎思想であるのを除くと、他の諸條は概して儒敎思想であると謂つてよいと爲し（二）、第一條の「和を以て貴しと爲す」（以和爲貴）は禮記儒行及び論語の「禮之用和爲貴」から、「上和らぎ下睦びて」（上和下睦）は左傳成公十六年の「上下和睦」又は孝經の「民用和睦、上下無怨」から、第三條の「君をば則ち天とす、臣をば則ち地とす」（君則天之臣則地之）は左傳宣公四年の「君天也」から來て居る等々として一々その出所を明白にせられて居る。これに對して、古くは岡田博士は、十七條憲法の內容が法家の思想に由來するところの大なる所以を指摘し、右の第三條の如きについても、成る程、左氏傳には、「君天也」の語はあるが「臣地也」の語はなく、實は明白に天地の位を君臣の分に譬へて說を爲して居るのは管子であつて、管子の語に「君臣相與、高下之處也、如天之與地也」とあるのと一致すると爲し、その他、第一條第一一條第一五條等についてそれぞれ十七條憲法と法家思想との關係を論定せられて居るのである（三）。尙ほ、十七條憲法の十七の數字についても、或はそれは陰陽思想に基き、老陰少陽の數に採つたものであるとか、陰極陽極の合數に採つたものであるとかと爲され、或は、古くは橋川正氏に依り、又、最近には姉崎博士に依り主張せられて居るが如く、維摩經佛國品中の淨土の因たる十七事に因むものであると爲されて居るのであるが（四）、これも亦十七條憲法の思想的系譜を明かにせんとするの試みに屬するものと謂はねばならぬ。更に、憲法と後世思想との系譜的關係についても既に多くの研究が爲されて居る（五）。

（二） 武內敎授著儒敎の精神第一三七頁以下參照。

矯正図書館所蔵

（三）岡田博士「憲法十七條に就て」聖德太子全集第一卷第四六七頁以下、特に第四八〇頁以下參照。

（四）植木博士「聖德太子の十七條憲法論」聖德太子全集第一卷第五二六頁以下、姉崎博士前揭帝國學士院紀事第一卷第一號第二六頁以下參照。

（五）植木博士前揭第五五二頁以下、花山博士著憲法十七條の精神第六頁以下、新村博士編聖德太子御年譜第七三頁以下參照。

第三は十七條憲法の倫理的研究乃至その倫理的意義を中心とする考察であつて、ここでは、十七條憲法は單なる歷史的事實と解せられることもなく又單なる儒佛法家の思想を表現するものと解せられることもなく、歷史的現實の中に具體的に表現せられたところの道義的原理と解し、その原理が古今を通じて謬らず中外に施して悖らざる普遍妥當的なものと見、日本國民の道德的實踐に於て遵守すべきものとして今日に於ても亦妥當すると解せられるのである。その意味に於て、例へば第一條の「和を以て貴しと爲す」の如きも氏族時代の政治に於ける閥族の爭鬪を誡められたといふ歷史的被制約制から解放せられ、今日の國民がその政治的社會的生活を營むに際して天皇の大御心を心として億兆一心、和衷協同、協心戮力すべきことを意味するものであり、第三條の「詔を承りては必ず謹め」も亦敎育勅語に仰せられて居るところの「常ニ國憲ヲ重シ國法ニ遵」ふべき國家的道義を明かにしたものと解せられ、更に第一五條の「私に背きて公に向くは、是れ臣の道なり」も亦滅私奉公の道德的原理を表明したものと爲されるのである。ここでは、もはや、十七條憲法が何時誰に依つて起草せられ、如何なる政治的社會的事情の背景の上に如何なる動機に依つて制定せられたかは第一義的に意味あるものとは考へられず、又、十七條憲法の各條の內容たる思想が如何なる系譜的關係に立ち、何に由來し、何に傳承せられたかも根本的に重要ではなく、最も重要とせられるのは憲法の內容たる思想の道義的意義である。換言すれば、日本國民が道義的に遵守すべき規範、敎訓を表現したものとして十七條憲法は理解せられる。最近發表せられつつある多くの研究、講讀、謹解は專ら十七條憲法の倫理的內容の解明にその

重點を置いて居ると謂ひ得るであらう。

先づ、我々は、十七條憲法が以上の如き三つの側面を有し、その各〻が自ら獨立固有の意義を有するものであることを認識せねばならぬのである。そこで、我々は、次に十七條憲法の右の三箇の側面即ち歷史的側面と思想的系譜の側面と倫理的側面とが如何に關係するかを考察し、特に、その倫理的意義を如何に把握すべきかを檢討することにしよう。

二

十七條憲法の精神を全面的に理解する爲めには、その歷史的意義を明かにし、その內容たる思想の系譜を論定し且つその思想の倫理的意義を理解することが絕對に必要なのであつて、この三つの側面が十分に明白にせられない限り十七條憲法の精神は全面的に把握せられたと謂ひ得ないであらう。何となれば、先づ第一の歷史的研究について見るに、それに因つては成る程十七條憲法の制定の動機原因、目的、事情等の外部的事實は確定せられ得るも、憲法の思想內容そのものは未だ必ずしも十分に把握せられるとは謂ひ得ないし、又、十七條憲法の思想の系譜的研究は歷史的研究の缺陷を補ひ憲法の思想內容の意義を照し出すについては甚だ重要ではあるが、然し、それに因つて明白にせられるのは十七條憲法の思想內容の個々の部分が儒佛法家等の思想から由來するといふ事實たるに止まり、これ等の思想が如何に攝取綜合せられ獨自固有の統一的全體にまで形成せられて居るかは到底明白に爲し難く、これを明白に理解するには十七條憲法の倫理的研究に待たねばならぬからである。かかる意味に於て十七條憲法の三つの側面は嚴密に區別せられる必要はあるが、同時に又それは相互に補充せしめられることに因り、憲法の精神の全面的理解を可能ならしめるのである。このことを我々は先づ十分に意識し念頭に置く必要があると思ふ。

矯正図書館所蔵

そこで、十七條憲法の倫理的意義を理解するについて如何なる點を考慮すべきであらうか。この場合に於て、我々が第一に注意すべきことは、十七條憲法の倫理的意義の理解と歴史的及び思想の系譜的意義の理解とが全然異つた理解の方法の上に立つといふことであつて、後者に依つて明かにせられるのは專ら事實的關係たるのに對し前者に依つて明かにせられるのは規範的意味内容である。勿論、このことは、十七條憲法の倫理的考察に際してはその歴史的又は系譜的考察が不用であるといふ意味では決してない。唯だ歴史的事實を説明するのみでは憲法の倫理的規範的意味を闡明することが不可能であり、又、憲法の内容たる思想が儒佛法家等の思想から來て居ると爲したのみでは十七條憲法の倫理的内容たる思想の獨自固有の意義が理解し得ないといふだけであつて、問題の要點は實は十七條憲法の獨自固有の倫理思想を理解するに在るのである。そして、その爲めには、且つその目的の限度に於ては、三經義疏の中に表示せられたところの聖德太子の御思想と關聯せしめることは十七條憲法の内容たる倫理的意義を一層明白ならしめるものとして甚だ重要であり、又、思想的系譜を明かにすることも十七條憲法の内容が儒佛法家の思想を攝取せるに拘らずこれと異る獨自固有の意義を持つ場合のあることを理解せしめるものとして甚だ重要なる意義を有すると謂はねばならぬ。例へば、第二條の「其れ三寶に歸りまつらずば、何を以てか枉れるを直くせむ」（其不歸三寶何以直枉）は維摩經義疏に「夫天下事品雖」羅。要在「離」惡取」善。必以「三寶」爲」本。」と謂はれて居るところに照し合せて、一層その意義が明白になるであらうし、又、第一條の「和を以て貴しと爲す」（以和爲貴）は、普通は、既に述べたやうに論語の「禮之用和爲貴」から來て居るとせられて居るのであるが、論語に於ては單に禮についての和の意義を述べたに止まるのに對して、十七條憲法にはかかる制限が置かれて居らず、從つて、そこには論語とは甚だ異る獨自固有の意味が表明せられて居ることを知り得るのである。かかる意味に於て、我々は、十七條憲法の倫理的意義を理解するについてはその歴史的系譜的研究を輕視又は無視することは許されない。然し、人々は、それ

に囚はれることは十分これを避けねばならぬのである。

次に、我々は十七條憲法の倫理的意義を理解するについては、原理的普遍的なものと歴史的偶然的なものとを十分明確に區別することをも亦忘れてはならぬであらう。例へば、右の第二條の「其れ三寶に歸りまつらずば、何を以てか枉れるを直くせむ」は離惡取善の唯一の方法として佛教を揭げられて居るのであるが、これを解して普遍的原理が表明せられたと爲すのは早計であつて、花山博士がこれについて、「當時、若しも佛教以上に、更に優れた尊い眞理の教があつたと假定致しますならば、恐らく、聖德太子は、それをお取りになつたに相違なからうと思はれます」（一）と謂はれて居るやうに、それは寧ろ當時の文化的事情に制約せられたところの規範を表明したものに過ぎぬと解するのが妥當である。從つて、十七條憲法に揭げられた敎化方法に關する規範は寧ろ歴史的偶然的性質のものであつて、今日も亦そのまま妥當すると解するのはその倫理的意義を正確に把握したと謂ひ得ぬことになるであらう。今日に於ては、佛敎敎育は離惡取善の唯一の方法ではなく一箇の方法と解するのが却つて憲法の正しい理解の結論であると謂ふべきである。

（一）花山博士前揭第一三七頁。

第三に、十七條憲法の倫理的意義を理解するについては、單に個々の條文の意味のみを獨立分離せしめて、他の條文との相互の關聯、全體の精神を無視することがその正解の道でない所以は特に述べるまでもなからう。從來の文獻に於ては動もすると分離的分解的解釋が行はれ勝ちのやうであつたらしく解せられるが、最近は段々と全體的綜合的解釋に向ふこととなり、例へば、第一條の「和」の原理は十七條憲法の全體に貫通し、基底となるとせられるのが通說とさへ謂ひ得る狀態になつて居る。これは甚だ喜ぶべき傾向であり、且つ、正しい方法であると謂ひたい。それと同時に、我々は、更に十七條憲法を全體としてその人間觀・法律觀・國家觀の根本に立つて理解の道を進めることを

矯正図書館所蔵

るべきではなからう。

最後に、十七條憲法の倫理的意義を理解するについて重要なのはそれが法律なりや道德的訓戒なりやといふ問題である。懐風藻の序には、「逮乎聖德太子。設爵分官。肇制禮義。」とあり、これに對して、弘仁格式の序には、「肇制禮義自茲始焉。」とあり、古くから十七條憲法を以つて道德的訓戒を定めたものなりと爲す思想と法律なりと爲す思想とがあつたらしく、この二つの解釋は今日に至るまで依然として對立して存在して居る。その理由づけの試みは明治時代に至つて始めて爲されたと見得るのであつて、明治の中葉に於て有賀博士が日本古代法釋義に於て、十七條憲法を以つて、「法律ト謂ハンヨリハ寧ロ道德格言ト謂フノ適當ナルニ如カサルモノトス、何トナレハ逐條人ノ良心ニ訴ヘテ自ラ發心セシムルノ法ニ出ツレハナリ」として道德說を强調せられたのは今日では周知の事に屬すると謂つてよいであらう。その博士が道德と法律との區別の規準を如何に考へられたかといふに、「道德ト法律トノ差別ハ彼レハ人ノ良心ニ訴ヘテ自ラ制セシメ、此レハ外ヨリ人ノ行爲ヲ拘束シテ一定ノ準率ニ合セシムルニ在リ、是ヲ以テ法律ハ不順ヲ待ツノ制裁ヲ要シ道德ハ良心ヲ動カスノ理義ヲ要ス」と謂ふに在つた（二）。この有賀博士の主張と對照するものとして、十七條憲法の法律性特に國法性を主張して居るのは小野教授である（三）。その主張の要旨は、十七條憲法が佛教や儒教の理義に依つて、各自の良心に訴へその行爲を自制せしめんとしたものであつたといふ點から見るならばそれは正に道德的訓戒であると謂ひ得る、「併しながら十七條憲法制定の本義はそれだけに止まらぬ。其の理義によつて國家の構成を規定し、其の統制的作用を規律せんとしてゐる。……是れやがて其の國法たる所以である」と謂ふに在る。尙ほ、十七條憲法には制裁といふ要素が缺けて居るといふ主張に對しては、小野教授は、それは制裁といふことの意義に繫る問題であつて、若し制裁といふことを「外部的・客觀的な强制機構、殊に國家の組織的統制を前提するといふこと」に外ならぬとするならば、「十七條憲

法の如きも日本國家に於ける天皇統治を前提してゐるのであつて、明かに制裁があるといへる」、然しながら、若し制裁といふことを以つて法律の個々の規定に連結せられたところの規範違反に對する强制方法の意味に解するならば、かかる制裁は憲法の如き國家の最高組織及び基本原則を規定する法律に在つてはこれを考へることは不可能であるが故に、十七條憲法にかかる制裁を規定したところの規定のないことは何等異とするに足らぬのであつて、「これによつて其の國法性を否定することは出來ぬ」とせられて居るのである。

（二） 有賀博士日本古代法釋義第一章「聖德太子十七條憲法」聖德太子全集第一卷第四四四八頁、第四四〇頁參照。

（三） 小野教授「聖德太子十七條憲法の國法性」佛誕二千五百年記念學會編佛教學の諸問題第九五二頁以下、「憲法十七條の國法性について」同教授著法學評論（下）第一七七頁以下參照。

十七條憲法の法律性を認めるの思想は、法學者以外の間に於ては最近段々と一般化せられつつあるやうである。佐伯定胤氏は、「この憲法は今日の法治的法律の如くに制裁罰則の規定はありませんけれども、當時道德を以て世を導き國を治める德治時代に於きましては、この道德的訓戒は直ちに法律と同一視して差支へ無いのであらうと思ふ」（四）と謂はれ、又、和辻教授も、「憲法は國家の根本法でありつゝ、人の道を明かに規定したものである」（五）とせられて居る。

（四） 佐伯定胤著聖德太子の憲法第八頁以下。

（五） 和辻教授「人倫的國家の理想とその傳統」岩波講座倫理學第六冊第三九頁。同說、姉崎博士前揭帝國學士院紀事第一卷第一號第六頁以下參照。

十七條憲法が道德的規範であると同時に法律なりや否や、若し法律なりとすれば小野教授の謂はれるやうな意味での國法なりや又は、或る人々の謂ふが如く（六）、武家時代に於ける壁書に類するものであつて行政執務上遵守すべ

矯正図書館所蔵

き心得であつたか等々については尚ほ甚だ多くの研究すべきものがある。然し、十七條憲法が道徳的訓戒であり特に日本の國家的道義を表明したものである點は總ての人々に於て一致して認められ、何等異論のないところである。そして、ここに我々の重要視したいのは、十七條憲法が日本の國家的道義を表明したものであるといふことである。何となれば、それが國家的道義であるが故に、又、それは現行の法律の基礎たるべきであり、その解釋運用をも亦支配し指導すべきものと解せねばならぬからである。

（六） 岡田博士前掲論文聖徳太子全集第一巻第四六八頁、杉本行夫氏註釋懷風藻第三六一頁。

そこで、以下に於ては、特に現行刑法の基礎となりこれを支配し指導すべきところの我が國家の道義的原理を示したものとして十七條憲法の意義を研究することにしよう。

三

十七條憲法が刑法との關聯に於て重要な意義を持つて居るのはその中の犯罪及び刑罰に關する部分である。

先づ犯罪の部分について見るに、第四條の禮に關する規定の中には、「上禮不きときは下齊らず、下禮無きときは以て必ず罪あり」（上不禮而下不齊。下無禮以必有罪。）とある。これは、思想としては、韓詩外傳に、「上無禮則不免乎患。下無禮則不免乎刑。」とあるに通ずるものであらうが、我々は右の「下禮無きときは以て必ず罪あり」の思想の中に犯罪の本質的規定が示されて居ることを認識し得るのである。即ち、ここでは犯罪の發生原因が示されて居るのでなく、その規範的意味が示されて居るのであつて、これは犯罪が禮に違反するところに成立するといふ意味と解すべきであらう。禮とは禮記冠義篇に「凡人之所以爲人者禮義也」とあり、又、左傳昭公二十五年に「夫禮天之經也。地之義也。民之行也。天地之經。而民實則之。」とあるが如く、人倫であり、人の道に外ならない。白井

教授は、これを以つて、「社會に於て習慣風俗として現はれ、國家に於て法律制度として現はれ、更に此等が內容的に各人の人格に取入れられる關係に於て道徳として現はれ、其々に我等の生活を規定してゐる」ところの人間生活の「條理法則」の意味に解せられて居る（一）。今日の刑法用語としては、公の秩序善良の風俗に外ならない。かかる意味に於ける禮に違反するところに犯罪の本質があり、その成立があるとせられて居るのであつて、同樣の思想は、陸海軍軍人に賜りたる勅諭の中に、軍人に御示しになつた誡として、「若し軍人たるものにして禮儀を紊り上を敬はず下を惠ますして一致の和諧を失ひたらんには晉に軍隊の蠹毒たるのみかは國家の爲にもゆるし難き罪人なるへし」と仰せられたところにも拜し奉り得るのであつて、この十七條憲法の犯罪觀は犯罪の客觀的意義の實質を表明したものとして實に深い洞察を示すものと謂はねばならぬであらう。その犯罪の主觀的意味の實質については十七條憲法には直接觸れた規定がない。然し、第一條に、「人皆黨有り、亦達者少なし。是を以て或は君・父に順はず、乍隣・里に違ふ」（人皆有黨。亦少達者。是以不順君父。乍違隣里。）とある場合の君に順はないといふことは、結局、刑法的には犯罪を意味すること明白である。そして、その君に順はないのは、「和」の道義を自覺せず、「和」の精神に反する心情に出づると爲すのが第一條の意義である。ところが、「和」の道義の本質は何處に在るかと謂ふに、論ずるまでもなく天皇の大御心を心とすることに外ならぬが故に、「和」の道義に反する心情は大御心に反する心卽ち反逆の心であり、邪き心である。今日の刑法用語を以つてすれば反社會性に外ならない（二）。さうすると、十七條憲法の中から理解せねばならぬところの犯罪の主觀的意義の實質は反社會性としての、「和」の道義に反する心情であると謂つてよいであらう。かくて、我々は、十七條憲法に於ては、犯罪とは客觀的には「禮」に違反した行爲であり、主觀的には「和」の道義に反する心情に發した行爲であるとせられて居ると解すべきである。

（一） 白井教授著聖德太子の十七條憲法第六八頁參照。

矯正図書館所蔵

（二） 拙稿「刑法と國家的道義」法律時報第一五巻第八號第四〇頁參照。

そこで、次には十七條憲法に於ける刑罰觀を尋ねることにしよう。ところが、これに直接關係のあるのは第六條と第一一條とである。第六條には、「惡を懲し善を勸むるは、古の良き典なり。是を以て人の善を匿すこと無く、惡を見ては必ず匡せ」（懲惡勸善。古之良典。是以無匿人善。見惡必匡。）とあり、第一一條には、「功・過を明察にし、賞・罰必ず當てよ。日者、賞は功に在いてせず、罰は罪に在いてせず。事を執れる群卿、宜しく賞罰を明かにすべし」（明察功過。賞罰必當。日者賞不在功。罰不在罪。執事群卿。宜明賞罰。）とある。これ等の規定の中から、我々は、十七條憲法に於ける刑罰觀の本質を理解せねばならぬのであるが、その理解に於て我が法學者の間には解釋が二つに分れて居るのである。

その一は小野教授に依つて代表せられて居るものであつて、教授は特に第一一條を基礎として、そこには、「功過と賞罰とは分つべからざる基本觀念である」ことが表示せられ、「應報的正義」が明かにせられて居ると解し（三）、又、第一一條は、「賞罰の正義を道破したもの」であり、「殊に刑事裁判における道義的責任の觀念を闡明したものとして……高度の文化的精神に驚く」とせられて居るのである（四）。これは、十七條憲法の刑罰觀が應報刑論であると解するものと見てよいであらう。その二は、正木博士の解釋であつて、博士は第六條を基礎として、「聖德太子の憲法に於ては人の性の善なることを認め、一度惡をなすと雖、之を匡化することを以て理想とされた。今を去る千四百年の昔に於てわが國には既に敎化主義が瞭然として法律化されて居たのである」（五）とせられて居る。これは、十七條憲法の刑罰觀を以つて敎育刑論であると解するものに外ならない。同樣に、十七條憲法の刑罰觀が敎育・改善主義であり、それが日本的刑罰觀だと爲して居る者には更に法制史家としては細川敎授があり（六）、又、法學者ではないが井上右近氏が、やはり、同樣に十七條憲法の第六條を謹解して敎育刑論でなければならぬとせられて居るのである（七）。

（三） 小野敎授「十七條憲法の國法性について」法學評論（下）第一八一頁。

（四） 小野敎授「憲法十七條における國家と倫理」同上第二〇四頁。小野敎授は、他の場所に於て、憲法第一一條を解して、そこに表示せられた思想が、「近代の刑法學說でいふならば正統學派的である」とせられて居る。然し、「勿論それと全然同一であるといふのではない」とし、その理由として、「近代の謂ゆる應報主義は刑法の私法的把握を脫し切らない」が、十七條憲法は、「明かに國家的な公の立場における賞罰の內在的理性を明かにしたもの」であつて、その意味に於て、「刑法の公法的なしかも道義的な把握として憲法十七條の刑法觀は最も高い法理的精神を表現するものではないかと思はれる」として居られる（「憲法十七條の法理的思想內實」法學協會雜誌第五八卷第六號第八二〇頁）。

（五） 正木博士「新體制と行刑の再認識」刑政第五四卷第一號第九頁。

（六） 細川敎授著日本法制史大綱（全訂版）第四二頁參照。

（七） 井上右近氏著十七憲法の思想史的謹解（上）第三四二頁參照。

かくの如く十七條憲法の刑罰觀の本質を如何に理解すべきかに關しては解釋が分れて居るのであつて、その諸家の解釋の間に伍して私も亦他の機會に於て自分の考へを披瀝したことがあり、その私の考へでは十七條憲法の刑罰觀は應報刑論ではなくして敎育刑論であると謂ふに在る（八）。ところが、そのことを論じた際に於ける私の主題は十七條憲法の刑罰觀ではなかつた。從つて、これについて論及したところは必ずしも統一的なものでもなく、且つ、その場合諸家の解釋について十分これを考慮するの餘地もなかつた。それで、以下に於ては、これ等の點を念頭に置きながら、主題的に再び十七條憲法の刑罰觀について私の解釋を展開することにしたい。

（八） 拙稿「刑法と國家的道義」法律時報第一五卷第八號第四四頁、第四六頁、第四七頁參照。

矯正図書館所蔵

そこで、先づ、十七條憲法の刑罰觀を以つて應報刑論なりとする論者の根據と爲すところの第一一條について考察することから始めよう。

第一一條が、「功・過を明察にし、賞・罰必ず當てよ」と爲して、功・過に對する賞・罰の正義を明かにしたものであることは何人に於ても異論のないところであらう。然し、賞罰の正義といふことは直ちに應報的正義を意味するものでもなく、又從つて、その結論として應報刑に到るものでもない。應報的正義と謂はれるものに在つては、「過」と「罰」とが事實的にであれ將た又價値的にであれ均衡することを要し、且つ「罰」の內容が害惡又は苦痛たることを要するのであるが、果して、第一一條の賞罰の正義の中にかかる要請が理解せられ得るであらうか。我々は否と答へざるを得ない。成る程、そこには、「賞罰必ず當てよ」とある。然し、その場合の「當」といふことは平等的正義としての應報的正義とは甚だ遠いものであつて、それは單なる平等・均衡ではなくして、平等なるものは平等に、然し、又、不平等なるものは不平等に取扱ふといふ適當性・妥當性の正義を表示したものと解すべきである。その意味に於て、我々は第一一條を基礎として十七條憲法の刑罰觀が應報刑論であると爲すのは到底不可能であると謂はねばならぬのである。

然らば、第一一條は、從來常識的には、信賞必罰の原則を明らかにしたものであつて、管子の「用賞者貴信。用刑者貴必」の思想より採られたものとせられて居るのであるが、果してかかる解釋が正當であると爲し得るであらうか。成る程、第一一條の「賞罰必當」の「必」は信賞必罰の「必」と同じである。然し、それは唯だそれだけのことであつて、我々は、既に文字のみの上から見ても、第一一條に於て規定せられて居るのは、「必當」であつて「必罰」でないことを看過するを許されないのである。十七條憲法のこの規定は率直にこれを眺めても明かなやうに、「賞罰必當」の原則を揭げられたものであつて、思想的系譜的に見れば管子ではなく、寧ろ、論語の「刑罰不中。則

民無所措手足。」の思想に相通ずるものと解すべきであらう。又、第一一條の「日者賞不在功。罰不在罪。」と關聯するものとしては、史記范睢の上書に、「賞必加於有功。刑必斷於有罪。」といふ思想が無いでもない。然し、十七條憲法第一一條の精神はこれ等のいづれの思想でもなく、これを綜合したところの獨自固有のものであつて、一面に於て無辜を罰すべからずと爲す思想と同時に、他面に於ては、罰する場合には常に當を得ることを要するといふ意味を明白にしたものであつて、その要點は「賞罰必當」といふことに在ると解すべきであらう。

賞罰必當といふことは、刑罰を科するに際しては犯人の邪き心即ち今日の刑法的用語を以つてすれば犯人の反社會性に妥當して寬嚴宜しきを得しむべしと謂ふことである。更に換言すれば、第一一條の精神は今日の刑法的用語に於て刑罰の個別化と稱せられるところの原理を表明せられたものと解すべきである。その刑罰の個別化は必然的に教育刑と結合して居るのであつて、勝鬘經義疏に於て、「力有二種。一勢力。二道力。……重惡卽以勢力折伏。輕惡卽以道力攝受。息惡修善卽聖化久住。聖化住世卽善來惡去。故天人充滿。惡道減少。」と爲されて居るところからもこれを明らかに理解し得るのである。かかる賞罰の正義は、如何なる意味に於ても應報的正義でもなければ、又、法家者流の信賞必罰の思想でもなければ、更に又、今日の刑事法上に於ける起訴の法定主義や罪刑法定主義の思想でもない。それは正しく、教育刑の思想であり、教育刑論の立つところの配分的正義に外ならぬのである。かかる意味に於て、我々は、第一一條の思想を根據として十七條憲法の刑罰觀が應報刑論なりと爲す論者は、第六條の精神を理解するのみならず、私の考へでは、十七條憲法の刑罰思想を以つて應報刑論であるかの如くに解するのは決してその正しい意義を理解したものではないと考へねばならぬであらう。

について甚だしくその獨自固有の意義を看過し逸脫して居るのではないかと思ふ。卽ち、第六條には、「惡を懲し善を勸むるは、古の良き典なり」（懲惡勸善。古之良典。）とある。この思想も亦系譜的には、例へば漢書賈誼傳の「慶賞以勸善。刑罰以懲惡。」や左傳成公十四年の「懲惡而勸善。」等の思想に溯ることを得るであらう。そして、若し

それが懲惡勸善を二つに分割して惡はこれを懲らし善はこれを賞し勸めるの意味であると爲し、惡は單にこれを懲せばそれだけで十分であるとの意味に過ぎぬとするならば、我々は第六條に於て善因善果惡因惡報の因果應報の思想が示されて居ると解し得ないでもなからう。然し、第六條の意味は右に盡きるものではない。そこでは、勸善懲惡とせず懲惡勸善とせられて居ることからも理解せられるやうに、懲惡と勸善とは全然分離獨立せしめられて居るのではなく、兩者が手段と結果との關係に於て緊密に結びつけられて居ることを我々は看過してはならない。懲惡は勸善の爲めに爲されるのであり、惡を懲らすのはそれに因つて善に導かんが爲めであるとの意味がそこに示されて居るのである。このことは、義疏に於て、聖德太子が善惡の關係を如何やうに理解せられて居るかを見れば瞭然たるものがあるであらう（九）。則ち、太子は、勝鬘經義疏に於ては、「息惡修善」、「教令改惡修善」、「得善滅惡」等の御言葉を用ひられ、「化物之道非但止惡。要修福善。」と爲され、又、維摩經義疏に於ては、「離惡得善」、「改惡從善」等の御言葉を用ひられ、「降魔非故强勢逼惱。但欲令改惡從善。生信入道。」と仰せられ、又、「夫天下事品雖繩。要在離惡取善」。と喝破せられて居るのである。これを以つて見れば、第六條の懲惡は單に懲惡の爲めの懲惡を以つて足るとせられるのではなく、善に導く爲めに懲が爲さるべきことを意味し、その點に重點が置かれて居ると解せねばならぬ。そのことは、そこには、懲惡勸善の誡に續いて、直ちに、「惡を見ては必ず匡せ」（見惡必匡。）と規定せられて居ることに因つて一層明白にせられて居ると謂ふべきである。かくして、我々は、十七條憲法第六條に於ては、懲惡が單なる懲惡として惡に對する惡反動たる意味に於ける應報から完全に止揚せられ、「懲」は改善の手段たる意味を持つものとしての新しい意味が與へられ、犯罪といふ惡に對する刑罰が改善であり教育でなければならぬことを規定せられたものと解せねばならぬのである。白井敎授が、第六條について、「人の惡を見ては必ず正し救ふ。是れ惡を行ひて自ら惡道に墮ち世に禍あらしめる者を憐みて、其の再び惡を行ふことなかしめるやうに救ふ」べ

きことを示されたものであると爲されて居るのは（一〇）、第六條の眞精神を闡明したものと謂つてよいであらう。

（九） 五十嵐萠宏學士著憲法第十七條新講第一三六頁以下に於ては、第六條の思想と三經義疏に於ける聖德太子の善惡觀とが適切に對照せしめられて居る。

（一〇） 白井敎授著前揭書第七九頁。

かくて、我々は、十七條憲法第六條を根據としてその刑罰觀が應報刑論であると爲すことも亦到底許されぬことを理解せねばならぬ。第六條の規定に於ては、その「惡を見ては必ず匡せ」の一句に千鈞の重みがかけられて居るのであつて、人々は、この一句を看過しては如何にしても十七條憲法の眞精神を理解したとは爲し難く、この一句に依つて始めて十七條憲法の刑罰觀が單純なる勸善懲惡の支那思想とは全然異るところの改善・教育といふ獨自固有の日本的意味に於て表明せられて居ることを理解せねばならぬのである。勿論、その改善・教育に於ては、勢力を用ひることが禁ぜられるのではない。勢力を用ひてもよい。然し、それは、飽くまで、「息惡修善」しめる爲めといふ目的を忘れてはならぬのである。又、假令强勢逼惱することありとも、それは故らに爲されるのではなく、唯だ、「欲令改惡從善」が爲めであることを遺却してはならぬのである。從つて、如何なる意味に於ても、應報として害惡に對する單純なる害惡的反動を爲すに止まることを許さない。法華義疏には、「正他之要慈悲爲本」と爲されて居るが、この慈悲の精神が指導的原理として働かねばならぬ。かかる慈悲の精神に導かれたところの改善・教育が十七條憲法の第六條に示された刑罰觀念に外ならぬのである。

然るに、「惡を見ては必ず匡せ」と謂ふ爲めには、惡も亦必ず匡正し改善し得るといふ固い信念がなければならぬ筈である。ところが、その信念が、やはり、十七條憲法には明確に表示せられて居るのであつて、その第二條に、「人尤だ惡しきもの鮮し。能く敎ふるをもて從ひぬ」（人鮮尤惡。能敎從之。）とあるのがそれである。ここに、我々

矯正図書館所蔵

は人間の本性を以つて善なりとするところの性善の思想を看取し、それが十七條憲法の人間觀を形成して居ることを理解せねばならぬのである。

周知の如く、十七條憲法に於ては、「君」と「臣」と「民」と「人」とが區別して用ひられて居る。そして、その「人」と謂はれる場合には凡そ三つの意味があり、一の場合に於ては例へば第七條の「事、大き少けきと無く、人を得て必ず治まる」（事無大少。得人必治。）とある「人」の如く適任者が意味せられ、二の場合に於ては例へば第一〇條に「人の違ふを怒らざれ」（不怒違人。）とある「人」とか、第一四條に「我れ既に人を嫉めば人も亦我れを嫉む」（我既嫉人。人亦嫉我。）とある「人」の如く單純に他人が意味せられるに過ぎぬこともあるが、三の場合に於ては例へば第七條に「人各任有り」（人各有任。）とある「人」とか、第一〇條に「人皆心あり」（人皆有心。）とある「人」の如く人間の本質を指して居るのである。第二條の「人尤だ惡しきもの鮮し。能く教ふるをもて從ひぬ」の「人」も亦本質的人間概念を示すものであつて、それが十七條憲法の人間觀の出發點とせられて居るのが、第一〇條の「凡夫」の思想であつて、人間は總て「共に是れ凡夫のみ」（共是凡夫耳。）と爲されて居るのである。

かくの如く、共に是れ凡夫であるが故に、人は過つて君・父に順はず犯罪を爲すに至るのであるが、それが人間の本質であるのではなく、人間の本質はどこまでも善である。故に、よくこれを教育すれば改善せられ得ると爲すのが第二條の「人尤だ惡しきもの鮮し。能く教ふるをもて從ひぬ」の眞の意味である。これは、「一切衆生悉有佛性」と爲す佛教思想や論語の「有教無類。」の思想から採られたものでもあらうが、それが獨自の形式に於て十七條憲法の中に表現せられたのであつて、この第二條の人間觀に支へられ、その人間觀に對應するものとして、第六條の「惡を見ては必ず匡せ」の規範が立てられて居るのである。

又、「惡を見ては必ず匡せ」の規定は一見單に外部からの改善・教育のみに重點が置かれて居るかに解せられぬでもないが、かく解するのは甚だ皮相な見解である。外部的改善はこれに對應する內部的改善があつて始めて可能なのであるが、その內部的改善の要も亦十分明白に十七條憲法に於ては强調せられて居るのであつて、第七條に、「世に生れながら知れるひと少なけれども、尅く念ひて聖と作る」（世少生知。尅念作聖。）とあるのがそれである。これは、勿論、決して論語の「生而知之者。上也。」の思想を否定するものでもなければ、又、それと矛盾するものでもない。生れながらに人の道を知ることは理想としては望ましいところではあるが、それは凡夫にとつては有り難い現實である。然し、その凡夫と雖も、尅く念へば聖人の道に達し得るとして、修養と內面的改善の努力との必要を示されたものに外ならぬのである。そして、かかる內部的改善の可能の確信に昭應するものとして、又、「能く教ふるをもて從ひぬ」と爲されて居るのである。

かくて、我々は、十七條憲法の刑罰觀が、人間の性善と改善可能とに對する强い信賴と確信とを基礎として（第二條、第七條）、犯罪といふ惡に對する刑罰に於てさへも亦慈悲を本として犯人を匡正し、改善し、教育することを主旨とせねばならぬと爲し（第六條）、且つ、刑罰に於てはその內容が犯人の反社會性を基準として寬嚴宜しきを得たるものたらしめるところの（第一一條）教育刑論に外ならぬことを理解せねばならぬのである。その教育方法としては第二條に於ては佛教教育が揭げられ、「其れ三寶に歸りまつらずば、何を以てか枉れるを直くせむ」とあるが、それは寧ろ十七條憲法制定の當時の文化狀態に制約せられた規範であつて、今日に於ては普遍的妥當性を持たぬこと既に述べたとほりである。勿論、佛教教育も亦甚だ重要なものたるは論を待たぬところであるが、今日に於てはそれは刑罰教育の多くの方法の中の一たるに止まると解すべきであらう。いづれにしても、十七條憲法の刑罰觀は今日の意味に於ける教育刑論に外ならず、これを應報刑論と解するの論は、第二條に示された人間觀を無視し、第六條をして獨

矯正図書館所蔵

自固有の思想たらしめて居るところの「悪を見ては必ず匡せ」の誡を看過し、第一一條の刑罰必當の眞義を逸脱したものと謂ふの外ないであらう。

我々は、又、十七條憲法の刑罰觀を以つて教育刑論なりと解することに因つて、始めて、憲法の全體を支配するところの第一條の「和」の道義が刑罰の中に於ても實現せられ得ることになると理解せねばならぬのである。何となれば、教育刑に於て始めて刑罰は犯罪といふ「和」の道義に反したところの行爲を爲した者を改善・教育して再び「和」の道義に自覺せしめ歸一せしむることを得るものとなるからである。惡に對する惡反動、害惡に對する害惡的反動を本質とする應報刑に因つて招來せられるのは永久の「不和」であり得るが、到底眞の意味に於ける「和」ではあり得ない。その意味に於ても亦、十七條憲法の刑罰觀を以つて應報刑論なりとするの論は憲法の眞精神に徹した解釋ではあり得ないと謂ふべきであらう。

四

私は、以上に於て、倫理的見地から十七條憲法に於ける犯罪及び刑罰に關する思想が如何やうに理解せられねばならぬかを研究し、特に、その刑罰觀が一部の論者の謂ふが如く應報刑論の上に立つものではなく、改善・教育刑論の上に立つものなる所以を明かにし得たと思ふ。さうすると、我々は十七條憲法を以つて我が日本の國家的道義觀を表示したものであると解し、そこに示されたところの道義的原理は我々日本人の道義的實踐を指導し支配し形成するものと見ねばならぬが故に、その刑罰觀たるところの改善・教育刑の思想も亦我々の刑法的實踐の原理として現行刑法の解釋及び今日の刑罰の運用を支配し指導せねばならぬと考へねばならぬのである。換言すれば、刑法及び刑罰の運用は、改善・教育の思想に基いて爲されることに依つて始めて、眞に日本的道義觀に基き、これを維持し實現するものとなるのである。

十七條憲法を通して理解せられるところの倫理觀が刑罰に關しては改善・教育の思想であることは右のとほりであるが、私は、その改善教育の倫理的原理が日本的道義を一貫した原理であると同時に、日本的道義の根幹を成すものであると信じて居る。そして、そのことを私は別の機會に（一）、我が國の古典や歷代の御詔勅の中に於て示されたところについて若干論じて置いた。特に、我が古典に於ては、須佐之男命が高天原に於て犯された天津罪に對して天照大御神の爲され給ふたところの御「詔り直し」の御精神の中に明確に改善・教育の原理が表明せられて居ることを指摘して置いたつもりである。ところが、最近、私は、私の右の理解が必ずしも私だけのものではなく、既に山田孝雄博士に依つて明確に論ぜられて居ることを發見し甚だ意を强うするものを感じて居る（二）。そこで、最後に一言山田博士の思想をここに紹介して、日本的道德原理が改善・教育思想であることを確認したく思ふ。

（一） 拙稿前揭法律時報第一五卷第八號第四二頁以下參照。

（二） 山田博士著古事記概說第一七一頁以下。

山田博士に從ふと、古事記の國生みの物語に於ては、女神であられるところの伊邪那美命が先づ「言先だち」給ふた爲めに失敗に歸したので、改めて天神の仰せに從つて、男神であられるところの伊邪那岐命が先きに「言りたまひ」たるに因つて國生みが完うせられたとあるが、抑ゝこの物語が何を示して居るかと謂へば、それは、人間には過ちがあり、やり損ひがあるが、「やり損ひでもやり直せば宜い、直せば良くなるといふ考」を示したものであつて、それが日本思想の根抵を成すところの改善主義の倫理思想であると謂ふのである。そして、かく、「直して、直るやうにしてやらうと云ふ考」は「非常に度量の廣い」ことを意味するのであつて、「どんな惡人を見ても、直す餘地があるかないかと云ふことを考へる必要がある」ことになり、かかる思想が須佐之男命の天津罪に對する天照大御神のとなるのである。

矯正図書館所蔵

の御詔り直しの事實となつて現はれたのであると爲し、「直す、直る、直しといふ思想」は同時に「寛容の思想」を有つて居るとせられて居る。かくて、寛容の思想を同時に意味するところの「直る」といふことと、「直す」といふことと、「直し」といふことはその根抵に於ては一であり、その直る働きを宣長が「直毘の御靈」と稱したのであつて、結局、「日本の道德は改善主義であるといふことになる」と論ぜられるのである。改善主義即ち教育主義である。從つて、山田博士も亦根源的な日本的道德原理を以つて改善・教育の思想であると解せられて居るのである。

かくて、我々は十七條憲法の中に示されたところの改善・教育の倫理思想は、我が古典の中に於て國生みの當初より實踐せられたとせられて居るところの最も根源的な日本的道德原理であることを認識せねばならぬ。從つて、教育刑論の根抵も亦、この日本的道義の根源にその基礎を持つものであることを我々は自覺せねばならぬ。十七條憲法の刑法思想はその日本的原理としての教育刑の思想を最も明確に表示したものに外ならぬのである。

——昭和十九年一月五日——

論　說

國學の傳統と日本刑法の理論

佐伯千仞

一　はしがき・國學と日本法理
二　つみの固有の意味と犯罪の觀念
三　「玉匣」・「祕本まくしげ」に現れたる現實の刑法政策論其の他
四　むすび・宣長の限界と篤胤・刑罰と戒祓

（一）

一　現今日本法理の樹立といふことが眞劍に問題とせられてをり、それは特に刑事法の領域に於いて著しいやうである。卽ち、そこでは單に學說の上に於いて日本的刑法理論が頻りに論はれてゐるのみならず、又刑法、刑事訴訟法の日本法理による改正が企てられ、更に行刑の部門にあつても大東亞戰爭下の國家的要請に應ふる受刑者の軍需産業への積極的參加を契機として眞に日本的獨創の名に値ひする行刑組織が實現しつつある。斯樣に日本法理は刑事法に關する限り、理論と實際との兩面に亙つて健全なる步みを迎りつつある譯であるが、其の際、理論家は勿論のこと實務家にとつてもしつかりした日本的刑法法理の把握が第一の要請であることは疑ひなきところである。

私は本稿に於いて此の日本的刑法法理を國學の傳統の見地から考察して見度く思ふ。だが一體何故に此の際特に國

矯正図書館所蔵

學が刑法論の立場から顧みられなければならぬのであらうか。まづ、それを明かにすることが本稿を草する私の第一の責務であらう。

此のことは種々の方法で果され得ると思はれるが、私は我々が今日何故に日本法理の樹立をしかく熱心に問題とするのであるかといふことを考察すれば、それも當然に明かになつて來るやうに考へる。私見によれば、今日の日本法理運動なるものは、大東亞戰爭を戰ひ抜きつつある祖國の動きに呼吸を合はせようとする我法律家の懸命なる努力の表現である。大東亞戰爭が米英の惡逆なる日本壓殺の陰謀に對して已むを得ずして宣せられたる自存自衞の爲めの戰爭であることはいふまでもないが、而も其の戰爭はそれが單に我國一國の興亡のみならず、同時に又長く米英の桎梏下に呻吟したる東亞十億の民の解放の成否を繫けたところの戰爭であり、文字通り世界の歷史に曾てなき聖戰である といふ特色をもつてゐる。此の意味に於いて、それは又從前の東亞の犧牲に於いて已れのみの繁榮を確保せんとした る米英的舊世界秩序否定の上に、新しく正しき世界の秩序を生み成さんとする大なる「國生み」といはねばならぬの である。我々はそこに日本の偉大なる獨創力の發揮を看取し得る。斯かる偉大なる時代に直面して、我法律學及び法律家が從前の明かなる西洋法、西洋法學の模倣を慚ぢ、祖國の姿に適しい新しく大なる法律、法律學をうち立てようと努力し始めることは、やや遲きに過ぎたとはいへ、誠に爾かあるべきことであつて、右の日本法理樹立の動きも正にそれに外ならぬと思ふのである。だが其の所謂日本法理が眞によく日本法理たり得るためには、それは何よりもまづ法に於ける日本的なるものの確實なる把握、體認から出發するものでなければならぬ。斯かる意味合に於いて、日本法理はまづ第一に西洋的なものから區別せられなければならぬ。日本法理と自稱しつつ、實は從前の西洋傳來の思想內容をそつくり其の儘保存せるものであつて、それを單にいみじき古典や歷代　天皇の御詔勅からの夥しき引用句によつて、日本らしく裝ひ立てるといふやうなことに止るべきでないことはいふまでもないことであらう。更に又玆

に我々の問題たる法に於ける日本的なるものは、單なる東洋的といふ形容詞によつていひ盡され得るものでもない。普通、西洋に對して東洋といひ、西洋的に對して東洋的といふとき意味せられるものは、印度的な佛教と支那的な儒教との合計又は綜合である。而して西洋に對置せられた日本文化が或る意味で佛教と儒教との綜合たる面を有することは否定できない事實である。然しそれは正に「日本的」綜合なのであつて、我々はそれ等を現にある如き姿にまで消化吸收し綜合し得たる日本の主體的な働きを忘るべきでないと信ずる。今日日本法理の樹立に當り我々の最も重視すべきは正に此の主體的な日本の働きでなければならぬ。だが今日日本法理と稱し、日本刑法論と自稱する學說の全てが果して斯かる主體的な働きに於いて日本を見てゐるであらうか。日本法理が單なる掛聲や流行語に終るべきでないとすれば、此のことは最も眞劍に檢討せらるべき重要問題である。私は唯自分自身の裡に當に祕む斯かる混同、混入の危險を自認し、それを嚴格に禊ぎ淸めようと思ひ定めてゐるのみである。——而して私をして斯かる決意に驅りたてる諸種の理由の中最も大きな力こそは、實にかの春滿、眞淵、宣長、篤胤と師弟相傳へて絕ゆることなかりし國學の傳統に外ならず、就中其の古道、皇國の道に對する絕對の信念と、佛意、漢意に對する徹底的な擊滅意思の堅さである。

二

これ等の國學者に共通せらる佛意、漢意の排斥、就中漢意（からごころ）に對する徹底した排擊は時に後世の思慮なき讀者をして餘りに偏狹であり、それ程までにいはなくてもといふやうな感想を抱かせ易いやうである。然し斯くの如きは全く不當且皮相なる感想に過ぎない。我々が當時の日本の思想狀態を正しく見極めるならば、國學者の漢意、特に儒教思想に對する右のやうな峻烈な態度は當然過ぎる程當然のことだつたのである。此のことを理解するが爲めには我々は千餘年前に渡來せる儒教が爾來如何に萬事を自已の教說にひきつけ、例へばかの本地垂迹の如き思想によつて、我國體を講じ來つたかといふこと、其の後佛教に代つて隆盛を極むるに至つた儒教は又儒教で其の天命とか

陰陽五行の説を適用して如何に我國の古道を支那化して論じたかといふことを想起すればよい。實に我神道すらも佛教と儒教の理論を借りて其の教義を立てねばならぬやうな有様であつたのである。斯かる事態は遂に儒者中、支那を聖人の國なりとして中華と稱し崇めつつ自ら「日本國夷人物茂卿」と稱する荻生徂來の如き人物を生じたが、其の弟子太宰春臺に至つて實には「日本には元來道といふこと無之候」と放言し更に次の如く日本を卑しめたのであつた。

「近きころ神道を説く者いかめしく我國の道とて高妙なるやうに申し候へども、皆後世に云ひ出したる虚談妄説にて候。日本に道といふことなき證據、仁儀禮樂孝悌の字に和訓無きは日本に元來此の事無き故にて候。禮儀といふことなかりし故に神代より人皇四十代のころまでは、親子兄弟叔姪夫婦になり給ひ候。その間に、異國と通路して、中華の聖人の道此の國に行はれて、天下の萬事皆中華を學び候。それより此の國の人禮儀を知り、人倫の道を覺悟して禽獣の行ひをなさず、今の世の賤しき輩までも禮儀に反く者を見ては禽類の如く思ひ候は聖人の教の及べるにて候。日本の今の世を見るに中華の昔に及ばずといへども、天下は全く聖人の道にて治まり候と存じ候。日本の神道は又殊に小き道にて政を助くること能はず候。畢竟諸子百家も、佛道も、神道も、堯舜の道を載かざれば、世に立つこと能はず候」（辨道書）。斯くの如き儒者の精神態度は、やがてまた「天無二日と申候が」日本には二つの日これあるによつて、號令一つならず、よろしく帝位をば將軍御祚なされ、天子をば大和公になされ候やう」といふが如き言語道斷實に許すべからざる進言をして得意になつてゐたと傳へられる伊藤仁齋の如き輩を生むことになつたのである（註一）。

國學者就中眞淵の「國意考」を始として、宣長の「直毘靈」・「古道大意」・「伊吹於呂志」・「悟道辨」等に於けるかの激しき漢意及び儒教の排撃は何れも斯かる不逞なる思想に對する素直なる皇民の抑へ難き憤激がほとばしり出たものである。大體皇國の立場からすれば、支那で事毎に道、道といひ、又仁儀禮讓孝悌忠信などと「こちたき名どもを種々作り設く」のは、實はそこに其の所謂道が更に行はれてをらず、仁儀禮讓等が素れ果ててゐればこそである。然るに我國ではそれ等は理屈でなく事實であり、現實に行はれてゐるのであるから、いまさら、ことごとしく言擧げする必要がない。從つて又そんな言葉も生れなかつたのである。右の如き亡國的議論はこれに思ひ至らないから生れて來たのである。だから宣長は次のやうに教へてゐる。

『すべて何わざも、大らかにして事足りぬることは、さてあることこそ善けれ。故、皇國の古は、さるこちたき教も何も無かりしかど、下が下までみだるることなく、天下は穩に治まりて、天津日嗣いや遠長に傳はり來坐り。さればかの異國の名に習ひていはゞ、是ぞ上もなき優れたる大道にして、實は道あるが故に道てふ言無く、道てふことなけれども、道ありしなりけり。そをことごとしくいひあぐると、然らぬとのけじめを思へ。言擧せずとは、あだし國のごと、こちたく言たつることなきを云なり。譬へば戈も何も、すぐれたる人はいひたてぬを、なまじゝのわろものぞ、反りていさゝかの事をもことごとしく言ひあげつゝほこるめる如く、漢國などは、道ともしきゆゑにかへりて道しきことをのみ云あへるなり。儒者はこゝをしもえしらで、皇國をしも、道なしとかろしむるよ』と。更に儒者だけではない。『儒者の得知らぬは、萬に漢を尊き物に思へる心はなはさも有なむを、此方の物知人さへに、是をえさとらずて、かの道てふことある漢國をうらやみて、強ひてこゝにも道ありと、あらぬことどもをいひつゝ爭ふは、たとへば猿どもの人を見て毛なきぞとわらふを、人の恥ぢて、おのれも毛は有る物をといひて、こまかなるをしひて求出て見せて、あらそふが如し。毛は無きが貴きをえしらぬ、痴人のしわざにあらずや』（直毘靈）（註二）。

又同姓婚せずといふことも同じことで、支那に於いても上代から同姓相婚しなかつた譯でなく、それは單に周の代以後の定めに過ぎないのである。而も支那で「かく嚴しく定めたる故は、國の俗惡しくして、親子同母兄弟などの間にも淫らなることのみ多くて、別無く治まり難かりし故なれば、かゝる制めの嚴しきは、かへりて國の恥ぢなるをや」と

矯正図書館所蔵

斷じ去るのである。我國の古の婚姻の慣しについては「もし（漢に）へつらふこゝろしなくば、彼と同じからぬは、なにごとかあらむ。抑皇國の古は、たゞ同母兄弟をのみ嫌ひて、異母の兄弟など御合坐しことは、天皇を始め奉りて、おほかたよのつねにして、今京になりてのこなたまでも、すべて忌ことなかりき。然し貴き賤きへだては、うるはしく有て、おのづからみだりならざりけり。これぞこの神祖の定め賜へる、正しき眞の道なりける。然るを、後世にはかのから國のさだめを、いさゝかばかり守るげにて、異母なるをも兄弟と云て、婚せぬことに定まりける。されば今世にして、其を犯さむこそ惡からめ、古は古の定まりにしあれば、異國の制を規として、論ふべきことにあらず」（直毘靈。國意考）（註三）。皇國を本とする國學の思想態度は微動だにしないのである。然し儒者の漢意は正に其の逆である。『儒者に皇國のことをとふには、しらずといひて、恥とせず、漢國のことをとふにしらずといふをば、いたく恥と思ひて、しらぬことをもしりがほにいひまぎらす。こはよろづをからめかさむとするあまりに、其身をも漢人めかして、皇國をばよその國のごともてなさむとするなるべし。されどなほから人にはあらず、御國人のるに、儒者とあらむもののおのが國の事しらであるべきわざかは。但し皇國の人に對ひては、さあらむもから人めきてよかめれど、もし漢國人のとひたらむには、われは、そなたの國の事はよくしれゝども、わが國のことはしらずとはさすがにえいひたらじをや、もしさもいひたらむには、已が國の事をだにえしらぬ儒者の、いかでか人の國の事をばしるべきとて、手をうちて、いたくわらひつべし』（玉かつま、伊吹於呂志）又曰く「すべて何事も、おのが國のことにこそしたがふべけれ。そをすゝて、他の國のことにしたがふを、かしこきわざとして、皇國のことにしたがふをば、つたなきわざとこゝろえたるは、皇國の學者の、あやしきくせなり」と（玉かつま）（註四）。

斯様に漢意に對して徹底した攻撃を向けるにも拘らず、國學者達は決して外國の事を學ばないでよいといふのではない。現に宣長も「うひ山路」に「漢籍をも交へ讀むべし。學問の爲に益多し。倭魂だによく固まりて動くことなければ、晝夜からぶみのみ讀むといへども、彼に惑はさるゝ患ひは無きなり」と教へ、又篤胤も『殊にもろ〳〵學問の道は、たとひ外國の學に候とも、その好事を選びて御國の用に致さむ爲に、學び候事ゆゑ、實は漢土天竺、泯蘭陀の學問をも、凡て御國學びと申候ても、違はぬ程の事にて、是が御國人にして、外國の事をも學び候者の、心得にて候。若此の意味を心得誤り、世の儒生等が如く、漢土を本とし、御國を末と致し候はゞ、道の罪人にて、儒道を以て申し候ても、春秋の尊内卑外の旨と相反し、いはゆる左道の學者に候なり』（入學問答）と說いてゐるのである（註五）。彼等が現實に此の言葉を實踐し、漢學儒教等は勿論洋學にまで研究の手を伸し、いはゞ敵の武器を以て敵を討つの策に出てゐたことは著しい事實である。

斯かる國學の漢意排斥は明治、大正の御代を隔てた昭和の今日となつてはもはや昔語りに類することゝなつたと思はれるかも知れぬ。然し、私見によれば、それは正に今日に於て、再びそれが曾て其の當時に有したるに勝るとも劣らざる重大な意味をもつことゝなつたのである。試みにいま右の國學者の言葉の中で「漢意」といひ「儒教」と稱せられてゐるものゝ代りに「西洋意」「西洋法理」といふ言葉を置きかへて見よ。それは、直ちに其の儘我々法律家に對する最も痛烈なる警告批判と響くではないか。我法律學は、從來、日本そのものから出發する代りに、西歐から既成の法體系及び法理論を借り來つて、それに日本の現實を當嵌め、若し巧く當嵌らぬ事實に出合ふと、それに當嵌るやうになるまで變形加工を加へ、又は斯くの如き事實は法律的に無意味であるとして無視する態度に出ることが多かつた。其の爲めに同じ問題に對する法律家の判斷と一般國民の評價とは屢々喰違ひを生ずることゝなつた。而も斯様な場合に於いて法律家は自己の專門家としての意見を押通し、それを諒解し得ない國民の法律意識又は日本の社會生活の未發達について空嘯き或は慨嘆するだけで、何故に自分の代表する法及び法理論が國民の常識を納得せしめ得ず、

矯正図書館所蔵

それ等が國民の生活及び感情から遊離し、異質物として殘つてゐるかについて反省しようとはしなかつたのである。それは曾て儒者達が支那の聖人の道を絶體視し、日本の歴史がそれに合はぬと日本を卑め、日本に合はぬ儒教そのものを批判することを忘れてゐたのとそつくり同じ態度ではないか。昔の儒者が漢意にとらはれてゐたとすれば、今日までの法律學は西洋意にとらはれてゐたのである。我々はこれを自ら認めなければならない。蓋し日本の學問は自己辯解の爲めにあるのではないからである。眞の日本法律家が西洋鳥のあとのみを追ひ廻した自己の過去の脫線、又はそれと意識しなかつた無力、意識しても改めなかつた怠慢について眞劍な罪の意識をもつことから始まる。今日我々は何よりまづ清く西洋意を離れ、からごころを徹底的に殲滅して倭魂を固めなければならぬ。此の際、此のからごころの祓祓の徹底的遂行を、日本法理は東洋は勿論西洋の法文化をも攝取した極めて包括的なものでなければならず、偏狹に陷つてはならぬといふやうな口實の下にいゝ加減に止めてはならない。蓋し「世の人、とかく倭魂かたまり難きものにて、漢籍をよめば、その言好きに惑はされて、たじろき易き習ひなり。言好きとは、その文辭を麗はしといふにはあらず、詞の巧みにして人の思ひ附き易く惑はされ易き樣をいふなり。すべて漢籍は言葉巧みにして物の理非を賢く云ひ廻したれば、人のよく思ひ附くなり。すべて學問すぢならぬ世の常の世俗事にても、辯舌よく賢く物を云ひ廻す人の言には人の靡き易きものなるが、漢籍もさやうなるものと心得居るべし」といふ「うひ山路」の言葉は現代日本人について、又漢籍のみならず西洋法學について一層適切なものを含んでゐるからである。

（註一）「篤胤」「悟道辨講本上」平田篤胤全集　第一卷二二頁。此の所の篤胤の全文を引用すると次の如くである。「是も新蘆面命に記してあるが、伊藤仁齋なども、思ひの外をかしな男で、紀伊殿へ書を奉つて、天ニ無二二日一と申候が、日本には二つの日これ有るに依て、號令一ならず、宜しく帝位をば、將軍御踐なされ、天子をば大和公になされ候樣にと申上候。紀州樣殊の外御怒なされ、かやうの妄言、江戸へ申上候はゞ死刑にも可被ニ仰付一候、然れども御慈悲を以て、默止なされ候。以來かやうのこと、筆は申すに及ばず、口にも吐申す間敷旨、御制戒被成候と記しあるが、この仁齋が云分などは、評にも及び難い程の不屆で、實に紀伊殿の御慈悲故、きやつ一生事故なく、笠の臺を失はなんだものでござる。」

註二　宣長「直毘靈」本居宣長全集（大正十五年）第一卷　五五頁・五六頁。

註三　宣長「直毘靈」・全集第一卷　六四頁。

註四　眞淵「國意考」（世界大思想全集第五四卷）「玉かつま」・全集第八卷九頁・三三二頁、篤胤「入學問答」・全集第一五卷八頁。一卷四頁。

註五　宣長「うひ山ぶみ」・全集第九卷四九二頁、篤胤「入學問答」・全集第一五卷八頁。

三

私は、今日、日本法理を樹立せんとする者は、まづ、第一に右のやうな學問の根本的態度について國學の傳統から多くのものを學ばなければならぬと考へるのである。然し乍ら、本稿に於いて私が意圖するところは、實は、斯かる學問論なのではない。私は更に第二に國學の傳統、特に宣長から篤胤への國學の發展の中に、刑法學の重要問題についての貴重な思想が藏せられてゐると考へてゐるので、以下本稿に於いて、私は、そのことを論じて見度いと思ふのである。

二

一　我々はまづ犯罪及び刑罰觀念の起源といふ原理的な問題から考察を始めることにしよう。從來刑法は上代の祓ぎ祓ひに其の源を有するとなす見解が廣く採用せられてゐるが、此の見解によるとかの「大祓詞」こそは日本最初の刑法を藏するものとして極めて重大な意味をもつことになる。卽ち其の大祓詞の中に揭げられた畔放、溝埋、樋放、頻蒔、串刺、生剝、逆剝、屎戸等の所謂天津罪と生膚斷、死膚斷、白人、胡久美、川入、火燒、己母犯罪　己子犯罪、母與子犯罪、子與母犯罪、畜犯罪、昆蟲乃災、高津神乃災、高津鳥乃災、畜仆志、蠱物爲罪等の所謂國津罪とは

矯正図書館所蔵

上代の典型的な犯罪だつたとせられるのである。此の中天津罪とは「須佐之男命の、天にして犯し給ひし罪なる故に、此類の罪をば、後に此國人の犯せるをも、天津罪」と稱し（眞淵「祝詞考」）又斯樣に「天つ罪を別云につきて、それに對へて、其外の罪どもを、國つ罪とは姑くいふ」（宣長「大祓詞後釋」）のである（註一）。然るに後者、卽ち國津罪中には白人、胡久美の如き不具、疾病又は昆蟲乃災、高津神乃災、高津鳥乃災の如き自然的災厄が含まれてをり、それは今日の人の行爲たることを本質とする犯罪觀念と必ずしも一致しない。そこに此の大祓ひの對象としてのつみの觀念の解釋、それと今日刑法に於いて考へられる犯罪觀念との異同等が當然に問題となつて來るのである。宣長は其の「大祓詞後釋」の中に於いて此の問題に關して考察する者の絕對に看過することを許されない極めて鋭い分析を與へた。我々は以下暫くそれを學ぶことにしよう。卽ち曰く、

「都美といふは、都々牟といふ用言なり。都々牟とは、何事にもあれ、わるき事のあるをいふを、體言になして、都々美ともいふ也。されば都美といふは、もと人の惡行のみにはかぎらず。病もろ〳〵の禍、又穢きこと、醜きことなど、其の外もすべて世に人のわろしとして、にくみきらふ事は、みな都美也」と。而して右の國津罪の中、生膚斷、死膚斷、白人、胡久美の四者は穢を以てつみとするものであり、已母犯罪、已子犯罪、母與子犯罪、子與母犯罪、畜犯罪の五者は奸といふ範疇に、又次の昆虫乃災、高津神乃災、高津鳥乃災の三者は災の範疇に入る。此の中白人、胡久美の二つのみが惡行の範疇に入る。此の中白人、胡久美の如き穢や昆虫乃災以下の災等は人の行爲に歸すべからざる不可抗力であり「おのづから有事にて、ことさら犯す罪にはあらざれども、世にいくみきらひて、わるき事なれば、これらも罪」に外ならぬのである。「然るに諸の注釋どもに、此意をえしらずして、白人胡久美など、又くさ〴〵の災にあふなどを、みな惡行をなせるむくひ也と解なせるは、いと物遠くして、いみしき強說」といふべきである。さて斯くの如く都美の中には穢、奸、災、惡行と種々の範

疇があるけれども、祓といふ見地から都美の典型的なものと目すべきは穢であつて、「祓の要は、惡行をば主とせず、穢をもつて第一の罪とする」のである。此の主張を理由づけるものとして、例へば神祇令に「凡散齊之內云々、不得弔喪問病、食宍、亦不判刑殺、不決罰罪人、不作音樂、不預穢惡之事」とあり、又貞觀儀式の大嘗の卷にも「可忌事六條、弔喪問疾、判刑殺決罰罪人作音樂事云々、言語事、〔死稱奈保留云々〕預喪産、亦觸雜斎死産事云々、預穢惡事云々、行佛法事、擧哀幷改葬事」とある中の大部分が穢であつて惡行は一つもないことに右の「預穢惡事」の本注に「祓詞所云天罪國罪之數、皆神所穢所惡也」とあることが揭げられてゐる。斯くの如く穢を罪とするに准へて考ふれば、自然に生ずる災も亦罪であることが覺られるのであらう。これに對して、奸は畜仆志や蟲物等の惡行と同じく人の行爲ではあるが、大祓詞が兩者を並べないで、其の中間に災の類を置いて兩者を分離したのは、それも「ひたふるに惡行の方をとるにはあらで、別に故有て、祓ひ淸むべき罪」とせられたのであらう否むしろ「是も穢となるにはあらざるか」とさへ考へられるのである。最後に畜仆志や蟲物は人の惡行たること疑ひないが「人を傷ふ罪は、猶外にも、くさ〴〵重きが有べきに」特にこれ等を玆に擧げたについては、何か別に然るべき理由があつたのであらうとせられてゐる。以上の如く考へた結果、宣長は「祓に擧る罪の條目どもは後世の心を以てゆくりなく、たゞ惡行とのみ心得ては、たがふこと也」と斷じてゐるのである（註二）。

だが今日刑法が犯罪と呼ぶものは、何といつても惡行であり、人の行爲たることを以て本質としてゐる。而らば祓の理由たるべき都美と刑罰の對象たるべき犯罪とは一體如何なる關係にあるものと考へるべきであらうか。宣長のこれに關する說明は次の如くである。

「上件のおもむきどもをもて、つら〳〵考ふるに、まづ上代に、もろ〳〵の罪を治むるに、刑と祓とあつて刑ふべき罪と、祓を負すべき罪との異ありけむか。その異は、或は重きは刑輕きは祓にやと見ゆる事もあり、又その重くて

矯正図書館所蔵

刑ふべきを、宥めて、重き祓を負せられたりと見ゆるも有り。また輕き重きにはかゝはらず、罪の色によりて、或は刑ひ、或は祓を負はせたりと見ゆることもあり。又神事にかゝれる罪は、重きにも祓を負せ、又神事ならねど、神の祟などによりても、其罪をば、祓を負せられたりと見ゆ。これらの事、史に見えたる上代の跡どもを、考へわたして、知べき也。然れば此大祓に擧られたる條目どもゝ、諸の罪の中にて、刑ふべき罪にはあらで、必祓ひ清むべき罪のしな〴〵にぞありけんかし。然るにやゝ世くだるまゝに、刑のかたしげくなりて、祓を負することは、漸にすくなくなりもてゆきて、中昔に至りては、祓の法は、たゞ神事に預れることにのみ用ひられ、又いよ〱世くだりては、その神事にすら、祓を負はする法は絶たる也」（註三）。即ち宣長によれば祓を負すべき都美と刑法の對象たるべき犯罪とは、我々が實證的に遡り得る限りに於いてはそれ〴〵別個の系符を有するものである。

註一　「大祓詞後釋」・全集第五卷三八一頁・三八六頁・三八七頁。
註二　「大祓詞後釋」・全集第五卷三九七頁以下。
註三　「大祓詞後釋」・全集第五卷三九九頁・四〇〇頁。

二　禊祓と刑罰

同じことは更に禊祓と刑罰との關係についても見られるのである。まづ禊祓の本質について宣長は「古事記傳」の中かの阿波岐原に於ける伊邪那岐大神の禊祓ひの條に於いて論じてゐる。曰く「祓を以て心の枉れるを直すことゝするは、甚く誤なり。そは麻賀流とは、たゞ物の形の枉曲をのみ云なれる、後世の意になづみて、古言の麻賀の意をえしらず、又動れば儒佛を羨みて、心法を説かんとする學者の癖なり。書紀に將レ矯二其枉一など書たまへるは、麻賀と云那富須と云語によりて、文をつゞりたまへるものなれば、字になづむべきに非ず。凡て禊祓は、身の汚垢を清むるわざにこそあれ。心を祓ひ清むと云は、外國の意にして、我國の古さら

にさることとなし。もし心を主とせば、御心之禊とこそ云べきに、さはなくて、上段にも御身之禊と云、書記にも盪二滌身之所汚一とあるはいかに。輕き方を擧て、重き方を略くべき由なきを思へ。かにかくに心法のさだは私事なり。云曰」と（註一）。

更に須佐之男命に對する千位置戸の條の説明に當つては、「はらひ」の二つの種類について論ぜられてゐる。それによると「凡そ波良比に二あり。其一は、伊邪那岐大神の阿波岐原の禊祓の如し。一は此の解除（千位置戸、鬚切り、爪拔き）の如し。是罪犯ある人に科せて、物（祓具）を出し贖するなり」とあり、此の兩者は一見「其事も意も二別なるに似たれども、本は一」なのである。何となれば上述したやうに元來穢は即ち罪であり、罪は即ち穢であつて、從つて又「罪犯を解除るも、穢汚を清むる禊も全同じ」と解すべきだからである。さて、斯樣に「罪あるにも穢あるにも其重さ輕さに隨て、同く波良閉するは、上代の法」なのであるが、其の祓具を出させることには、二つの意味があつた。一つは「其祓に用ふる色々の物を科せて出さしむる」ものであり、一つは「彼阿波岐原の禊祓の時に、御身に着たる物等を、盡に投棄たまへりし如くに、罪犯ある者も、身の穢たるなれば、其身に所有物も皆穢たるを、拂ひ棄る意にて出す」のであつて、此の故に後の世までも、祓に用ひた種々の物は終に皆水に流しやるのである。斯くの如く祓具を科するのは、本來右の二つの意味なのであるのに、それを「異國の贖刑と一意に説成は、いとも古意に非ず」全く間違つてゐるといはなければならぬ（註二）。

又須佐之男命の鬚を切り手足の爪を拔き奉つたことについても「纂疏に肉刑之始也とのたまひて、皆人も刑と心得るは違へり。刑とは其義異るをや」と斷じて、それが右の禊祓の一部に外ならず、刑と混同すべからざることを説くのである。曰く「是も祓具なれば、上に云る二意を以解べし。一には此祓は極めて重き祓なる故に、祓物も極て多く千位を徵るなれば、須佐之男命の所有る物の限りを取りても、猶足ざる故に、其御身に生たる髮鬚爪までを取て、

矯正図書館所蔵

祓の料物に用るなり……一には、所有る物も穢れたれば、拂ひ棄る意なるが、輕き犯は穢淺き故に、少の物を出し棄て清まるを、是は犯重くして、極めて深き穢なれば、所有る物をみながら棄ても、なほ清まりはてざる故に、其御身に生たる物までを、拂ひ棄て清むるなり」と（註三）。

さて斯樣に宣長によると祓祓と刑罰は上代に於いて既にそれ〴〵別個のものであつた。然し此の限界は時を經るにつれて曖昧とならざるを得なかつた。それは一面に於いては祓そのものが其の本來の意義を喪失して專らそれを料する者の私利私慾のために濫用されるといふことの中に現れた。例へば日本書紀の孝德天皇の卷には「復、役はるる民路頭に炊飲むもの有り。是に、路頭の家乃ち謂ひて曰はく、何の故か情の任に飯を余が路に炊ぐといひて、强に祓除せしむ。復、百姓、他に就きて甑を借りて飯を炊ぐこと有り。其の甑物に觸れて爨る。是に、甑の主乃ち祓除せしむ。斯の如き類どもは、愚俗の染へる所なり。今悉く除斷めて、復勿爲しめそ」と戒しめ給ふたことが見えてゐるが、これは當時何かといへばむやみに祓除を强制して自己の私慾を圖る者の多かつたことを物語るものである。宣長もこれについて「そは、やゝ世くだりて、本意を失へる民間のならはしぞ有けむ」といつてゐる（註四）。

更に又右の過程は、時代の推移と共に刑罰の適用範圍は擴大して行つたといふ點に現れてゐる。宣長は、上にも引いたやうに、此の間の消息を次のやうに語つてゐる「然るにやゝ世くだるまゝに、刑のかたしげくなりて、祓を負することは、漸にすくなくなりもてゆきて、中昔に至りては、祓の法はたゞ神事に預れることのみに用ひられ、又いよ〳〵世くだりては、その神事にすら、祓を負はする者は絶たる也』（大祓詞釋）と。――斯くの如きは何れも上代の祓祓の精神の喪失であり、墮落である。然し乍ら、私は祓祓と刑罰及び刑法との交涉が常に斯かる頽廢的結果のみを齎らしたやうに解してはならないと考へる。兩者の交涉は、むしろ、全般としては、刑罰及び刑法を一つの祓祓なりと考へしむるやうに作用し、刑法制度に一つの魂を與へることになつ

た點に於て頗る積極的な働きを爲してゐるといはねばならぬ。宣長自身も後に述べるやうに、現實の刑罰を論ずるに當つては「……惡き者をば、教へ直すも又道にして、これかの橘の小門の御祓の道理なり」といつて、これを肯定してゐるのである。此の點の詳細についてはなほ後節に於いて論ずる。

註一 「古事記傳」・全集第一卷二九八頁・二九九頁。

註二 「古事記傳」・全集第一卷四二一頁乃至四二三頁。

註三 「古事記傳」・全集第一卷四二五頁。

註四 「古事記傳」・全集第一卷四二三頁。

三 扨て以上の宣長の所說に關聯して、我々は、最近牧教授によつて提出せられた罪の觀念の起源に關する新說を注意しなければならぬ。教授によるとツミといふ古語は元來惡行を意味したのであつて、祓の對象をなす穢れとしての都美の觀念はそれから派生して來たものだとせられるのである。曰く『……大祓の罪の中に疾患や災害の類があつても、罪の罪たるべきものは惡行にあつたと思はざるを得ない。中臣の大祓の用語法を見ても「天之益人等が過ち犯しけむ雜々の罪」といへるは、犯行を本にしたものであること明白である。思ふに此迄考へられたやうに始から穢を忌む意味のツミなる國語があつたのではない。惡行をツミとよぶ國語が早く成立し、長く慣用されたる後、ツミを忌むの觀念を本にして、神事に關しては忌むべき瀆神の惡行と共に忌むべき瀆神の疾病や災害をも、ツミと呼ぶやうになつたのである』と。更に教授は「ツミの語源は摘ミであつたらう」とされる。古代の「生成發育の旺んなことを喜ぶ風」は「草木の若芽を摘むが如く、凡て伸び行くものを摘み切り又は摘み取ることを惡行なり」となし、そこからツミといふ言葉が發生したとされるのである（註）。

これは宣長が論じた事柄のもう一つ前の問題に關してゐる。宣長は、いつも現に殘されてゐる文獻や資料に基いて學

矯正図書館所蔵

問的、實證的に確言できることより以上のことは語らないのである（故に彼は資料的に知り得る限りに於いては刑法と
禊祓、犯罪と罪穢は別々だつたといふのである）。そこに彼の學問的に嚴格な態度がうかゞはれる譯であるが、然し
人は更に此の資料的に知り得るより以前の狀態にまで想像を廻らしては惡いといふこともない筈である。從來もそれ
について種々な人々が様々な想像を廻らしたが、今日普通には穢れとしての都美の觀念及び禊祓が本だつたのであ
つて、それから惡行としての犯罪觀念及び刑罰が分化して來たといふ解釋が多く採られてゐるのである。然るに牧教
授はいま其の新説によつて此の從來の考へ方を顚倒せしめようとせられるのであるから、それは誠に重大な提案とい
はなければならぬ。生成發育の阻害として罪を觀念しようとする其の着想は確かに現代人を惹きつけるものをもつて
ゐる。然しそれにも拘らず私は直にそれに從ひ難きものを感ずるのである。左に其の理由を述べよう。まづ第一にツ
ミといふ言葉の語源を「摘む」といふ言葉に求めることがどうも不自然である。教授は「草木の若芽を摘むが如く凡
て伸びて行くものを摘み切り又は摘み取ること」は惡行であるとなし、そこにツミの語源を求められるのであるが
私見によれば、斯様に摘むといふ邦語の固有の、又は本來の意義を生成發育の阻害といふ惡行に求めるのが獨斷であ
る。此の言葉は普通には、むしろ、春の野に出で若菜摘むといふ古歌の如く、或ひは又桑摘み、茶摘みといふ言葉の
示すやうに、正しい行爲を指すものとして用ひられることの方が多いのである。教授は其の説を提起される前に、ま
づ如何にして此の語の斯かる一般的用法が背後に退いて、生育してゐるものを無慘に摘みとるといふ特殊な用法だけ
が前面に出て來たのかを明かにされる義務があつたと思ふのである。それが果されない限り、教授の語源論は私には
予定された見解の方に强ひて引きつけて解釋しようとする企てとしてしか受取れないのである。第二にツミは本來人
の行爲たる惡行を意味したものであつて、それが後に白人、胡久美等の疾病や諸種の災危のやうな人の行爲以外の現
象にまで轉用せらるゝに至つたとする主張にも無理がある。蓋し上代人の生活は神との不可分的な交渉に於いて營ま

れたのであつて、諸種の規範的觀念もまづ神との交渉から生れたであらうと考へられるが、其の神は何よりも清淨を
好み穢れたるもの、醜きもの、不具なるものを汚しと惡み給ひ、忌み給ふと信ぜられた。そこからこれ等の神の惡み
忌み給ふ出來事を一括して都美と觀念することが生じたのであつて、これが都美の觀念のおそらく最も古き姿であつ
たと思はれる。この最初の都美は宣長が説いたやうに穢れを中心とするものであつて、たま〳〵人の行爲が都美とさ
れるときも、それは行爲事實自體又は結果の穢しさの故に都美と看られたのであつた。そこでは行爲者の主觀的意思
や責任の有無は未だ都美の觀念の重要な要素ではなかつたのである。即ち今日の言葉でいへば最も古い都美の觀念は
一の客觀的違法狀態（自然現象によつても惹起せられ得る）を意味するものだつたのである。而してこれ等の都美に
ついて人の行爲に歸すべきものと疾病や災厄の如き自然現象に歸すべきものとの區別が爲されるに至つたのは遙か後
世のことで、まして況んや人の行爲の內部に於ける有責な行爲と責任なき行爲（責任無能力者の行爲、錯誤による行
爲、期待不可能）との區別の如きはもつと〳〵後のことだつたと思はれるのである。私は斯く考へて若し强ひて宣長
の論じたより以前の事態を想像しなければならぬとすれば、やはり從來普通に行はれて來た解釋に從ひたいと思ふ。
論理的に見て、自然現象と區別された人の惡行としての都美は、兩者を一括した穢れとしての都美に比し遙かに複雑
な觀念であるし、發生論的にも前者から後者が分化したと考へるのが無理のない考へ方である。然るに遙かに複雑なも
のから單純なものへの發展を主張せらるゝ牧教授は玆でも普通の素直な考へ方に反する教授自身の考へ方の根據につ
いて更に人を納得せしめるやうな詳細な説明を與へる義務を負ふてをられるやうに思ふのである。

註　牧「固有刑法の基本觀念」・法學論叢第四六卷八二二頁以下。

三

我々が以上考察した宣長の思想は、むしろ禊祓そのものに關するものであつて、直接刑法上の問題を論じたのでは

矯正図書館所蔵

なかつた。彼の實際的な刑法論は其の著「玉匣」全「祕本たまくしげ」によつて知ることができる。これは彼が或る大名に對して國學の立場から當時の實際政治上の問題に關する意見を奉つたものである。例へば人民の金銀徵用に關聯しては「その者の歸服して心から出すやうにあらではおもしろからず」といつて、政治に於ける人民の歸服、悅服納得づくの政治を說き、或ひは人爲的統制の困難、金銀通用の弊害、上に立つ者は下情に通じ難く上意下達、下意上通の必要にして而も困難なこと、官僚制の弊害等を論じ、又唐土の軍談論議、外國崇拜を排し勤皇論を力說する等其の內容は多端に亘つてゐるが、同時にそこには刑法上の問題に關しても屢々鋭い考察が示されてゐるのである。本稿に於いては專らそこに展開せられたる宣長の刑法論、刑事政策論のみについて考察することにする。

一　犯罪を犯す者は人間である。此の人間は宣長に於いて如何なる存在として考へられてゐるか。これが第一の問題である。曰く「まづすべて人と申す物は、かの產靈大神の產靈のみたまによりて、人のつとめおこなふべきほどの限は、もとより具足して生れたるものなれば、面々のかならずつとめ行ふべきほどの事は、教をまたずして、よく務め行ふものなり。君によく仕奉り、父母を大切にし、先祖を祭り、妻子奴僕をあはれみ、人にもよくまじはりなどするたぐひ、又面々の家業をつとむることなど、みな是人のかならずよくせではかなはぬわざなれば、いづれも有べきかぎりは、異國の教などをからざれども、もとより誰もよくわきまへしりて、よくつとめ行ふことなり」と。これが全てであつたならば犯罪など行ふ者はない筈であるが、さうは行かない。「然れども其中には又、心あしく、右の行どもの闕たる者も、世には有て、人のため世のために惡きわざを、はかり行ふ者などもあるは、これ又惡神の所爲にして、さやうの惡き者も、なきことあたはざるは、神代よりのことわりなり。人のみならず、萬の物も、よき物ばかりはそろひがたくて、中にはあしきも必まじるものなるが、その甚惡きをば、棄ることもあり、また直しもすることなれば、人もさやうの惡き者をば、教へ直すも又道にして、これかの橘の小門の御禊の道理なり」といふことになるのである（註一）。卽ち人間は本來產靈のみたまにより人としてつとめ行ふべき事柄は自らこれを知つてゐるのであるが、他面惡神卽ち禍津日神の所爲により惡いことを行ふ者も亦必然的に生じて來るといふのである。

更に我々は右と關聯して犯罪徵表說的議論に對する宣長の批判を注意しなければならない。曰く「人のたゞ一言たゞ一行によりて、其人のすべての善き惡きを、定めいふは、かから書のつねなれども、これいとあたらぬこと也。すべてよき人といへども、まれにはことわりにかなはぬしわざも、まじらざるにあらず。あしき人といへども、よきしわざもまじるものにて、生るかぎりのしわざ、ことごとに善き惡きかたにさだまれる人は、をさ〳〵なきものなるをいかでかはたゞ一言一行によりて定むべき」と。又曰く『同書（論語）に「子曰、孰謂ニ微生高直一、或乞レ醯焉、乞ニ諸其隣一而與レ之」とあり。聖人の教への刻酷なることかくの如し。これらは、たゞいさゝかの事にて、さしも不直といふべき程のことにあらず。かほどの事をさへ不直といひて咎むるは餘りのことなり。また、たとひ此の事は實に不直にもせよ、いさゝかなる此の一事によりて、その人を不直と定むるも、いと〳〵當らぬことなり。すべて善き人にも過ち、惡きことはあるものなり。惡しき人にも善き事もあるものなるを、たゞ一事の善惡によりて、その人の善し惡しを定むるは、聖人の道の癖にて、ひがことなり』と（玉かつま）（註二）。此の徵表說的見解の否定が彼の上述の人間觀と根柢的に結合せるものなることはいふまでもないであらう。

註一　「玉匣」・全集第六卷一七頁以下。

註二　「玉かつま」・全集第八卷四一三頁・四二七頁以下。「祕本玉くしげ」で切腹に關して「誰とても一時のあやまち思ひはからぬ不調法はあるまじきにあらざれば云曰」といつてゐるのも同じ考へ方である。

二　扨て右の如く惡い人間は、恰も惡い品物を其の惡さに應じて棄てたり直したりするやうに、甚しく惡ければこれを殺し、然らざる限りはこれを敎へ直さねばならない。そこから宣長の刑罰論が生れて來るのである。曰く「刑は隨分

矯正図書館所蔵

輕きがよき也。但し生ておきてはたへず世に害をなすべき者などはころすもよき也。さて一人にても人をころすは甚重き事にて大抵の事なれば死刑には行はぬ定まりなるはまことに有がたき御事也」と。又曰く「尤刑罰なども、ゆるさるゝだけは宥めゆるすが、天照大御神の御心にして、神代に其跡あり。然れどもまた臨時に、止事を得ざる事あるをりの行ひかたは、上古にも背く者あるときなどは、あまたの人を殺しても、征伐し給ひし如く、これ又神代の道の一端なれば、今とてもそれに准へて、何事によらず、其事其時の模様によりて、宣しき御はからひあるべきなり」と。「然れども大かた神は、物事大やうに、ゆるさるゝ事は、大抵はゆるして、世人のゆるやかに打とけて樂しむを、よろこばせたまふことなれば、さのみ惡くもあらざる者までを、なほきびしくをしふべきことにはあらず。」彼は斯樣にしきりに寛刑論を强調するのである（註一）。

又彼は右のやうに刑罰の目的——淘汰・改善・威嚇（後述）——を重視するにも拘らず、他面に於いて其の支那的誇張を戒しめてゐる。曰く「さやうに人の身のおこなひを、あまり瑣細にたゞして、窮屈にするは、皇神たちの御心にかなはぬこと故、おほく其益はなくして、返て人の心褊狹しくこざかしくなりて、おほくは惡くのみなることなり。かやうの教の瑣細なる唐戎の國などは、邪智深く姦惡なる者、殊に多くして、世々に國治まりがたきを以て、その驗を見るべし。然るに此道理をしらずして、惣躰の人を、きびしくをしへたてゝ、悉にすぐれたる善人ばかりになさんとするは、かの唐戎風の强事にして、これ譬へば、一年の間を、いつも三四月ごろのごとく和暖にのみあらせんとするがごとし。寒暑は人も何もいたむものなれども、冬夏の時候もあるによりてこそ萬の物は生育することなれ。世中もそのごとくにて、吉事あれば、かならず凶事もあり。また惡事のあるによりて、善事は生ずる物なり。又晝あれば夜もあり、富る人あれば、貧しき人もなくてはかなはぬ道理なり。それ故上古に道の正しくおこなはれし時代とても、此道理のごとくにて、惡き人も世々に有て、それはその惡きしわざの輕重にしたがひて、上にもゆるしたまは

ず、人もゆるさざりしことなり。然れ共上古は、惡きはあしきにて、惣躰の人は、人直く正しくして、たゞ上の御掟を恐れつゝしみ守りて、身分のほど〳〵に、おこなふべきほどのわざおこなひて、世をば渡りしなり。しかれば今の世とても、おなじことにて、惡き事する者は、その輕重によりて、上よりもゆるしたまはず、世人もゆるさねば、其餘は、いさゝかは道理にあはざる事などのあればとて、人をさのみ深くとがむべきにもあらず」と（註二）。

註一 「玉匣」・全集第六卷一七頁以下、「祕本玉くしげ」下同上五三頁。

註二 「玉匣」・全集第六卷一八頁。

三 次に宣長の法に關する考へ、特に法の運用、改廢及び法の權威といふやうな問題についての考へを見ることにしよう。次の言葉がそれを語るやうに思はれる。曰く「何事にても先規よりの法を守るといふは天下一同の事にてまことによろしきこと也。然れども近來はこれを守るといふはただ名ばかりにて實は大にくづれて其法の本意にも背ける事のみ多し。又法は法と立おきて其法をよけてさはらぬやうに惡事をなす者有てもとがめざる事あり。たとへば關所をこゆればかなはざる者もぬけ道をして通ればとがむる事なく其關をさへ越ざれば見のがすやうのことあり。萬の事に此類おほし」（祕本「玉くしげ」）（註一）。

これは當時の法適用の頽廢狀態の活寫である。「法は法として立おきて其法をよけて さはら ぬやうに惡事をなす者」が甚だ多かつたこと、而も役人はそれを「ただ法だに立ば」と考へてとがめないといふやうな事態の出現は極めて注目すべきものを含んでゐる。——徳川時代の刑法はいふまでもなく長年の先例の集成たる御定書百箇條により代表せられたのであるが、此の百箇條の裁判官に對する拘束力は今日一般に考へられてゐるより遙かに强かつたやうである。例へば若し何かそれに該當せず又先例もない事件が生ずると、裁判官は決して獨斷で處理することを得ず、一一纖細なる意見を附して評定所其の他の上級機關に伺ひを立てねばならず、後者は又愼重なる評議を經てそれに決定

矯正図書館所蔵

を與へるのが常であつた。そこには律令の不應爲律や、或ひは今日の類推適用――それは下級審の裁判官にも禁じられてはゐない――より却つて嚴格だともいへるやうな法適用があつたのである。我々は德川時代は罪刑專斷主義であつたといふやうな單純な標語によつて誤られてはならぬ。且私見によれば斯かる德川刑政の愼重さといふものが、時に傍觀者には役人は「法だに立ば」咎めないと生ぬるく映ることもあつたであらう。然し乍ら宣長が右に揭げた關所破りの例は正しく當時の刑法適用がむしろ健全な嚴格主義の精神を遠ざかつて、頽廢した無責任な放任的態度に陷れることを物語るものである。御定書によれば「關所難ㇾ通類山越等致候者。於ニ其所ニ磔。但男に被ニ誘引ニ山越致候女は奴。同致ニ案內ニ候者。於ニ其所ニ磔。同忍通り候者。重追放。但女は奴云曰」（第二〇條）とある程の重罪であつて決して法に觸れないもの、「法をよけてさはらぬやう」な程度の惡事ではなかつたのである（註二）。

宣長は右の如く法適用者自ら法の權威を裏切る如き無責任な態度を難ずるが、而も其の爲めに法解釋の或る程度の創造性を否定するやうな愚を決して犯さない。古き法は法として正しく所理できるやうにあらねばならぬ。それは殊に我國の如く法の權威を尊重して朝令暮改を忌んだ國がらに於いては特に重要だとするのである。曰く「但し昔定まりたる法も年代久しくうつり世のもやうのかはれるにつきては、今は其法の如くならでも害なき事また其法の守りがたき事などもあるをば大目に見ゆるしながらも、ひたすら先代の法を廢せん事をば憚りて其法をばやはり法と立おきて背かざるやうするは、おのづから本朝のあつき古意にかないて宣しき事なれば其事の筋にもよるべきものなり」と（註三）。此の問題は更に國民の遵法心の養成强化とも關聯して來る。彼はこれについても次のやうに語つてゐるのである。

「近來は上より命令ある事をも下にはゆるがせに心えてこれを守らざる事多く又しばらくは守る事もあれどもほどなくくづるる。これ甚あるまじき事也。一度仰付られたる事は長く堅くこれを守るやうにあらされば政道立がたし。然

るにかやうに法令制度の立がたきはいかなる故ぞといふに、上より命令出る事あれどもただ一通りこれを觸渡すばかりにて其令を守るか守らざるかの吟味もなく、犯す者ありても咎めもなき故にやぶれやすくしまりがたく、又上にも申せる如く急度約束有し事もたちまち變じ、或は重き役人の證文などさへ反古になりてやくにたたず、すべてかやうに下に對して上の信なき事多きときは、下民も上の仰せをつつしまずおのづから輕しむる心できて命令をも守らざるやうになる也。又すべて命令の趣はことごとく道理のつみたる事にあらざれば下の心から歸服せぬものなり。いささかにても上の勝手にまかせて尤ならざる事のまじる時る事なはてはあざわらひて中々歸服せず。かやうの事も上をかろしむる端となればよくよく心すべきこと也。とにかくに下の上を恐れずかろしむる心のあるは第一に宜しからざる事ぞかし」（註四）。

註一　「祕本玉くしげ」下・全集第六卷五三頁。

註二　荻野外「日本古代法典」八六二頁。

註三　「祕本玉くしげ」下・全集第六卷五三頁・五四頁。

註四　「祕本玉くしげ」下・全集第六卷五四頁。

四　宣長は更に進んで訴訟を迅速に而も其　當事者に對する思ひやりを以て行ふべきことを說く。曰く「公事訴訟願ひ事御咎め筋などの類早く濟してもよきことは隨分なるべきだけ早く濟すべき也。なほざりにして一日もすておくべきにあらず。下にては惣じて上へかかりたるすぢ／事はいささかの事にても相濟までは甚心勞する事にて、殊に貧しき者などは家業にも障り甚迷惑する事なるに上にかまふ事なければとてなほざりにすて置て長引するはいと心なき事也。又訴訟にかぎらず萬の事に權門がかりのすぢは取さばく役人の甚迷惑なるものにてこれ大なる國政の妨となる事あり。されば何事によらず權門の威を以て押す事は又下々までで主人に權威をふるひて無理非道のふるまひをすまじき

矯正図書館所蔵

旨常にきびしく制せらるべく、又諸役人いささかも權門を憚りて不正の判斷などをなすまじき旨をも命ぜらるべき也。此事は古より異國にも本朝にもつねにあるならひにて、誰もなく合點はしたることなれども、とかく止がたきもの也」（註一）。

茲には今日も問題とされてゐる訴訟の迅速化が、下々の者の心持に對する深い理解によつて主張されてゐる。單なる役人の事務簡捷といつた事務處理上の問題としてゞなくく、正に皇民に對する溫き思ひやりから訴訟の迅速が叫ばれるのである。故に其の訴訟、裁判は面倒な手續を省略し、手取早く事件を處理し、且迅速性の要求を充すためにはときに審理の粗略誤謬あるもやむを得ないといふやうな無責任な態度を許さないのであつて、それは皇民の運命を決する重大なる任務として愼重細心に行はれ、假りにも誤判、或ひは意識的誤判等を爲すべきではない。卽ち實體的眞實の發見への眞摯なる努力が要請せられるのである。然るに當時の實情は如何であつたか。

「……近來は決してころすまじき者をも其事の吟味のむづかしき筋などあれば毒藥などを用ひて病死としてその吟味をすます事なども世には有とかうけ玉はる。いともいとも有まじきこと也。又盜賊火つけなどを吟味するとき覺えなき者も拷問にせられて苦痛の甚しきに得たえずして僞て吾也と白狀する事あるを白狀だにすれば眞僞をばさのみたださず、其者を犯人として共刑に行ふやうの類もあるとか。是又甚あるまじき事也。刑法の定まりは宣しくても其法を守るとして却て輕々しく人をころす事あり。よくよくつつしむべし。たとひ少々法にはづるゝことありともとかく情實をよく勘へて輕むる方は難なかるべし」（註二）。無責任な審判の弊風は特に當時續出した百姓騷動に關して顯著であつた。宣長によると百姓騷動は「近年はここにもかしこにも多きによりてめづらしからぬ事になりてまづ一旦靜まればよき事にしてさのみ跡の吟味もくはしからず張本人を一兩人とらへて定まりのとほり刑に行へばそのむきにて跡の上の取計らひをたしなみ改むる事もせず世間に例多ければさのみ恥辱とも思はれぬやふの所もありとぞ。さてその張本人といふものも近來はただ假にもうけたる者にて實の張本にはあらず。その假の者といふはかねて此事をおこす始より相對にてかりにこれを張本人といふ者にたてて後に刑に行はるべき覺悟にて定めおく故にこれを刑しても何の益もなくあたら罪もなき民をころすはあはれむべき事也。上にもかりのものといふ事はしりながらただ定法だに立ばよきことにして濟す也。近來はすべてかやうの輕薄無實の刑多きは甚あるまじき事也。たとひ我張本也と名乘出る者あり共よくよくその實否を吟味して疑はしくば實の張本人の出るまではそのにせものを刑すべきにあらず。草の根を分てもまことの張本を尋ぬべき事也」（註三）。

我々は德川刑法及び其の運用が、元來、我國固有刑法思想の展開として極めて愼重、細心であり、丁重なりしことを知つてゐる。然し乍ら、斯かる健實なる固有刑法意識の傳統は、幕府政治の一般的頽廢傾向を反映して徐々に蝕ばまれつつあつたのである。刑事裁判に當る者が、自己の職責の重且大なることについて淸新なる感覺を有せず、單に一日も早く片附けて了ひたい厄介な重荷としてだけ考へるとき、又はそれを單なる事務として無責任且輕率に處理するとき、裁判は斯かる頽廢の淵に顚落するのである。眞犯人でないことが分つてゐても、とにかくそれを拷問して白狀せしめ、處刑して了へば自分の責任は濟むと考へてゐるやうな右の淺間しい刑事裁判が「近來甚だ多い」と宣長に斷定せられてゐるのは、茲でも明治維新が必然的に起ちねばならなかつたことを思はせるものである（註四）。

註一　「祕本玉くしげ」下・全集第六卷五二頁・五三頁。

註二　「祕本玉くしげ」下・全集第六卷五三頁。

註三　「祕本玉くしげ」上・全集第六卷三五頁。

註四　我々は茲でかの西歐に於ける中世的な糺問主義（アンシャンレジーム）の刑事裁判の頽廢——無責任な裁判官による無實の人民の處刑——が人心をして其の舊制度より離れしめ、遂には佛蘭西革命の慘事を誘發するに與つて力があつたといふ事例

矯正図書館所蔵

を想起せざるを得ないのである。

三 宣長はなほ當時の刑事政策上の問題として切腹及び賄賂について特色のある議論をしてゐる。いはゞ彼の刑法論の應用として、それ等を見ることにしよう。

まづ、切腹について曰く「さて武士の風儀として上へ對して申譯なき事などあるとき腹するはまことにいさぎよくはあれ共よろしからぬならはしなり。實に死なでかなはぬ事は格別なれども、其餘さしての惡事にもあらずただいささかの一時のあやまちによりて大切なる一命をうしなひ父母妻子の歎きも殊に深かるべきをおもへば甚いとをしき事也。顧はくは此ならひをば停めまほしき事なれば御先代に天下一同に追腹殉死を禁ぜられたる如く、此切腹の事も上より仰付らるるの外は私に切腹する事をば堅く禁止せらるるべき也。誰とても一時のあやまち思ひはからぬ不調法はあるまじきにあらざればさのみ深く咎むべきにもあらず。いささかの事にて一命をすつるには及ぶまじきこと也。すべて少しの事にても品によりて切腹するならひはもと戰國の風也。さて又上の事をあまりおもおもしく取扱ふならひなる故すこしの不調法をしても身のたたぬやうに思ふから也。惣じて何事によらず主君へ對してただいささかの不調法ありても重くとがむるならひなれ共、其すぢによりて大かた心より外にあやまりてせる事は大抵の事は宥免せらるべき也。かやうの事を至て嚴格にするも一つの法にてはあれども、今の世のならひを見ればあまり嚴に過たることも多き也」（註）。

これ亦彼の寛仁の刑政を主張する立場の表明であつて、切腹が些かの事についても社會的に强要せられた當時の實情に照し相當な意見であつた。我々は森鷗外の「阿部一族」を想起すべきである。然し注意を要するのは、宣長は玆で專ら人の上に立つ者の態度を論じてゐるのであつて、刑事責任もそれを問ふ者（裁判官）の立場についていへば被告人に對する同情を失はぬやう、其の處刑を悲しみの心を以て行ふこと、從つてできる限りでの寬大さが求められるのは當然である。然し此の上の寬大は同時に又責任を問はるゝ者、下々の者に於ける自責感の强烈なのと對應しなければならない。責むる者はできるだけ寬大であるべく、責められるゝ者はできるだけ自己の罪を深く慚ぢ悔ひ且謝罪する心がなければならぬ。被告人自ら、自分は己むことを得ない行爲をしたのであつて、非難せらるべきでないといふやうなふてぶてしい態度をとることがあれば最早萬事休すといふべきである。我々の責任論、特に期待不可能による責任阻却原因の主張は此の點常に自ら反省するところがなければならない。――此のことは更に今日叫ばれてゐる國民各自の責任感の一層の緊張强化と密接に關聯してゐる。宣長の說いたやうな寬大論が明治以來實現せられた結果官僚生活に於いてすらも眞の大命奉行の責任感は著しく低下し、官公吏はよほど大きな失敗でないと責任を感せず、感じてもそれはせいぐ〳〵職を辭することだけで濟むやうに思ひなすに至つた。これは大變な官場道義感の頽廢である。我々は今日國民一般、特に官吏たる者に對して、其の失敗については辭職位ひでは申譯は立たぬこと、否切腹してすらも申譯は相立ぬが、せめて其の罪の萬分の一をも償はむが爲めに切腹せずにはをれないといふ程度まで突き詰めた責任感が要求せられてゐると思ふのである。

註 「祕本玉くしげ」下・全集第六卷四九頁五〇頁。

六 宣長は更に賄賂を當時の刑事政策上の重大問題として採上げ、それに對しても深い理解を示してゐる。曰く「惣じて物を得ることを願ふは千人万人まぬがれがたき人情のつねにて本より然るべき理也。それに付ては物を人のくるるを悦ぶも又人情なる故に物を人に贈りて志のほどをあらはすは本より然あるべき道理古今いづれの國とても皆同じ事也。されば万の事にその相手の人を悦ばせて其事を成就せんとはかるに賄賂といふ物をつかふ事のあるもおのづから然るべきいきほひ也。さて物を得るを悦ぶは本より人情なれば、その賄を受るもさのみ咎ともいひがたし。殊更此事世中のなべてのならひと成ぬる事なれば其人を深くとがむべき事にもあらず。然れ共此賄の筋は甚國政の害と

矯正図書館所蔵

なる事故に古より深くこれをいましむる事なれどもとにかくに止がたきものにして次第に增長し近來は殊に甚しき事共あり。それも主君たる人正しければさすがに身分重き役人はおのづからたしなむ事もあれども下下の役人は上へはしれぬ事をよくのみこみ居るうへにたとひ万一しれても身分かろければ高をくくりて憚る所なく何事にもこれをむさぼる也。又主君ぐるみに味きは上中下おしなべていよ〳〵甚しき事あり。其中にたとひたまたま廉直なる人有ても其身分の役義ばかりこそ廉直なれ外外の防ぎにはならず。又目附横目をつけても多くは其人ぐるみに此道におちいる故に益あることなし。惣躰近世は何事によらず此賄の行はれざる事はなくして公事訴訟に横しまなるさばきをなし刑罰にあたらざる事多きなどは申に及ばず其外諸の作事普請などに付ても此すぢもつぱら行はるること也　それも少少づつの事はさても有べきなれ共甚しき事のみ多くしてすべて賄を多くつかへば其仕方わろくてもよしとして是をすましすくなければよくてもわろしといひて濟さず。それゆえに下なる者もそこを計りて爲すべき事をば多く手ぬきをして賄をつかひて其事のすむやうにし又法度にそむきたる事をする者も賄をつかへば見ぬふりをして是を咎めざる故に賄を行ふて悪事をなす者も世に多し。猶此外も此すぢに付ては種種さま〴〵の正しからざる事多くしてことごとくは擧るにいとまあらず。餘はおしはかりて知るべき也。すべて世中に此筋盛んなるゆえにおのづから國政正しくは行はれがたく又上に損失あることおびただしく下にも損害多し。たとへば金千兩入べきところを役人へ三百兩賄すれば五百兩にてすむゆえに下にも二百兩の得あれども上には五百兩だけの所の損あり。或は五百兩にてすむべき事も賄をせざれば七百兩も八百兩も入りて其二百兩三百兩は脇道へぬけ行やうの事も有て上には大損ありてあまつさへ上を恨み奉ること甚し。されば國政の大害下民の大害此賄に過たるはなし」と（註一）。

右の一節は當時の役人一般の腐敗墮落の有様を描寫して余すところがない。茲にも幕府を戴く封建制が廢止せられ皇政復古の大改新が行はれざるを得ない事情が明瞭に現れてゐたのである。明治維新を必然ならしめた幕政そのもの

の頽廢を我々は看取しなければならぬ。然しそれはそれとして、宣長は更に右の賄賂の横行による國政上の大害を除去する方策について如何に考へたかであらうか。彼は右の文章に引續いて曰く

「しかれ共上と下とは甚遠ければその吟味もとかくに行とどきかぬる事なれば、これを止る法はまづ賄を取者を禁むるのみならず、これをつかふ者をきびしくいましめて、何事によらずいささかにても賄をつかふ者相しるるに於ては急度曲事に申付べしとの旨をつねづねふれおかれて、もし犯す者あらんには一人二人きびしく咎められなどせば、つかふ者は勿論にてとる人もおのづからきみわろかるべし。上の制禁ならんにはこれをつかはぬを怒ることも得せじ。そもそも賄はつかふ者にはとがなくして、罪は取者にある事なれ共、取者をのみ制しては止がたければ、つかふ者をいましむるも一つの權道なるべきにや」と（註二）。

玆で宣長の説いてゐることは、賄賂犯の刑事責任は元來唯收賄者に存して贈賄者に存するのではないが、然しそれをやめさせる爲めには單に前者のみを處罰してゐては效果がないから權道として贈賄者をも處罰することにしよう・斯く一人二人の贈賄者をきびしく咎めたならば他の世間一般の人は皆それにをぢ怖れて贈賄をつゝしむことになるであらうといふのであつて、贈賄者の處罰は單に「權道」として認められるのである。——斯かる宣長の賄賂論は上から下まで殆んど一世の風をなしてゐた當時の賄賂横行を考へれば理解できぬことはない。彼が「物を得るを悦ぶは本より人情なればその賄を受るもさのみ咎ともいひがたし。殊更此事世中のなべてのならひと成ぬる事なれば其人を深くとがむべきにもあらす」といふのも此の意味で理解できる。然し今日の日本から見ると、宣長の道義的態度の微溫的なことを指摘せざるを得ない。特に彼が賄賂の國政及び下民に對する大害をあれ程主張しておき乍ら、而も賄賂行爲そのものに對して道義的憤激を殆んど感じてゐないやうに見えることなどは、彼の他の場合に於ける下民代表的意見と關聯して、彼の士魂の缺如、或ひは町醫者的性格をすら思はせるのである、我々からすれば、お上の仕事を奉行

矯正図書館所蔵

する役人が清廉でないといふことは極めて重大なる不正であり、最も強く責めらるべき犯行であるが、更に其の相手たる贈賄者の態度も本來清潔なるべき公務を私益の爲めに金錢的誘惑によつて左右せんとするものとしてやはり强き非難に値するのである。其の處罰は決して「一の權道なるにや」といふやうなあやふやな根據のものではない。勿論世の贈賄者の中には不德な役人の恐喝的要求によつてやむなく金錢を提供したといふやうな被害者的立場のものもあるであらう。然しそれは又それとして全然別個の問題である。それから贈賄者一般の無責任を推論することは斷じて許されないと信ずる。

註一 「祕本玉くしげ」下・全集第六卷、五一頁、五二頁。

註二 「祕本玉くしげ」下・全集第六卷、五二頁。

四

一 我々は右に宣長の思想を刑法理論の立場から一應概觀して來た。それは單に學問の方法、態度といふ點に關してのみならず、又つみ及び祓祓と犯罪及び刑罰觀念の發生とが如何なる關係にあるかといふ刑法史上の最大問題の解決や、更に具體的なる刑法上の諸問題についても我々に教ふるところ極めて多大であつた。それは又世相史の見地から見ても、當時の國政一般、就中刑政が如何に頽廢したものであり、明治維新を待ち憧れてゐたかを語るものとして價値高きものといはねばならぬ。——それにも拘らず、私は又右の行論の間に於いて彼の刑法思想の一種の限界とでもいふべきものの存在を時折り指摘せざるを得なかつた。而も此の限界はよく考慮して見ると、實は、意外に深いところに根差してゐるもののやうである。私は本節に於いて、此の宣長の思想に於ける隘路を明かにし、且それが彼の道の承繼者たる平田篤胤によつて如何に打開せられたかを——依然刑法論の見地から——考へて見ることにしたいと思ふ。

二 問題の要點を明かにしよう。

宣長によると「まづすべて人と申す物は、かの 產靈大神の產靈のみたまによりて、人のつとめおこなふべきほどの限は、もとより具足して生れたるものなれば、面々のかならずつとめ行ふべきほどの事は、教をまたずして、よく務め行ふもの」であつて、人間當然の在り方としては善神のみたまにより其の爲すべきこと、爲すべからざることを辨へ知つてゐることが肯定せられてゐる。即ち一種の性善說である。然らば斯かる善き性を具有する人間の間にどうして「心あしく、右の行どもの闕たる者」が生れて「人のため世のため惡きわざを、はかり行ふ」のかといふに「これ又惡神の所爲にして、さやうの惡き者も、なきことあたはざるは、神代よりのことわりなり。人のみならず、萬ツの物も、よき物ばかりはそろひがたくて、中にはあしきも必マじるもの」だとされるのである。即ち惡も亦必然的なのであつて、其の必然性は惡神、禍津日神の所業に基くのである。——次に刑罰に關しては「刑は隨分輕きがよき也。但し生ておきてはたへす世に害をなすべき者などはころすもよき也」とせられて、已むを得ない場合の死刑が肯定せられ、なほ上述の贈賄者處罰論に於ける如く一般威嚇が唱へられることもあるけれども、一般原則としてはむしろ「教へ直し」即ち犯人の改善（特別豫防）が重要視せられてゐるのである。先に引いた「人のみならず、萬ツの物もよき物ばかりはそろひがたくて、中にはあしきも必マじるものなるが、その甚惡きをば、棄ることもあり、また直しもすることなれば、人もさやうの惡き者をば、教へ直すも又道にして、これかの橘の小門の御禊の道理なり」といふ言葉はそれを示す。即ち物でもひどく惡い物は棄てる外ないが、左程にない物は直して使ふこともあるやうに、惡事を行ふ人にも死刑に處せねばならぬ者もあれば「教へ直す」べき者もある筈だといひ、而も其の教へ直しは 伊邪那岐命の阿波岐原に於いて行はせられた祓祓と同じ道理だと主張してゐるのである。——我々の問題は正しく此の教へ直しに關してゐる。

矯正図書館所蔵

まづ宣長の本來の立場よりして禊祓が果して刑罰の原理を與へることができるであらうか。これが我々の第一の疑問である。蓋し右に見た古事記傳に於いては、禊祓を以て「心の枉れるを直すこと」、するは、甚く誤」であつて、斯くの如きは「勤れば儒佛を美みて、心法を說むとする學者の癖」だと說かれた。「凡て禊祓は、身の汚垢を清むるわざにこそあれ。心を清むと云は、外國の意にして、我國の古さらにさることなし」といふのである。けれども犯罪は元來人の惡行であり、犯罪者は「心あしく、右の行ひ（人のつとめ行ふべきほどの事）どもの闕たる者」、「人のため世のために惡きわざを、はかり行ふ者」であつて、それに對する刑罰は又當然に犯罪者の「心法」「心の枉曲」に向はざるを得ない運命をもつてゐる。卽ち、兩者の間には橋渡しの出來ない深淵が横つてゐるのである。されば宣長が急に「玉匣」に於いて、刑罰により犯罪者を教へ直すのは橘の小門の御禊の道理であるといつても、其の提言には又の固有の立場から見て非常な無理があるのである。それが矛盾でない爲めには、我々は本來の專ら身の汚垢を清むるわざとしての禊祓が時代の進むにつれて身體のみならず心の汚垢に對しても考へられるやうになり、そこに刑罰と禊祓の精神との結合が齊らされたと考へなければならない。元來日本では速須佐之男命が根之堅洲國にお下りになる前お別の爲め天に上りませるとき　天照大御神に向はせられて「僕は邪き心無しと」申され、　大御神が「然らば汝の心の清明きことは何以にしてか知らまし」と詔り給ふたといふこと、又御子生みの後命が「我が心清明き故に、我が生めりし子手弱女を得つ」と白されたといふ古事記の記事からも分るやうに、上代から、明く清く直き誠の心を清く穢れなき身體と同じやうに重視したのである。尤も右は神と神との御交涉である。然し後世になつて、人が神を拜し神に接し奉らうとする場合にも、人はまづ神に接し得るやうに其の身體と精神とを共に清めなければならぬと觀念せられた。宣長のいふ通り伊邪那岐大神の御禊には別に御心の禊といふことはなかつたであらう。然し須佐之男命の御祓には既に御心の上が問題となつてゐる（命が祓を終つて下界にお降りになつた後は御荒びなく善神としての御活動

のみが始まる）と思はれるし、まして況や後世の人の禊祓には身と心の清めが共に含まれなければならなかつたと考へることは決して不當ではないのである。私はこれは單に儒佛を美んだ外國意のみとはいへないと思ふ。而して斯樣に禊祓が既に心の問題をも含むことになれば、それを犯罪に對する刑罰の原理とすることも決して不可能ではない筈である。私は斯く考へることによつて始めて宣長の「古事記傳」と「玉匣」との間の矛盾が實は矛盾でないことを理解し得ると思ふ。

然し我々の宣長に對する疑問はそれだけに盡きるのではない。更に續いて彼の立場からして刑罰は果して心あしく正しき行ひの闕けた者を教へ直すことができるであらうかが問題となるのである。彼は極めて簡單にこれを肯定してゐるやうである。然し彼によれば人が惡い心をもち惡い行ひをするのは元來惡神の所爲であつて、それは人力を以てはおろか、善神の御力を以てすら如何ともし難いものだつた筈である。蓋し「惡神と申すは、かの　伊邪那岐大神の御禊の時、豫美國の穢より成出たまへる、禍津日神と申す神の御靈によりて、諸の邪なる事惡き事を行ふ神たちにして、さやうの神の盛に荒び玉ふ時には、皇神たちの御守護り御力にも及ばせ給はぬ事もあるは、それ神代よりの趣」であつて、斯かる惡神の荒びによる惡事、邪曲は「人の力もて忽に改めらるべきわざにはあらぬを强ちにもて直さむとして中々にしどこらかす事」が多いだけだからである（註一）。斯樣に善神惡神の對立により人生百般の問題を說かうとする彼の企て——山田博士の所謂善惡二元論——は當時の人心を深くとらへた樣子で、平田篤胤は「古道大意」の中で、當時の戲作者がそれを眞似て「すぐさま、善玉惡玉といふ戲作本を作つて、天道樣が竹の管を以て子供がシヤボンとやらを吹く體に圖などを書いて世に弘め」たと其の模樣を語つてゐる（註二）。然しそれは實は人生に於ける惡發生の必然性を明かにしたゞけで、未だ惡を善に直すことの可能性の根據は一向にこれを示してゐないのである。惡神の働きによつて必然的に惡事を爲す者を人間の營みたる刑罰によつてどうして改善敎化ができようか。斯かる疑

矯正図書館所蔵

問が當然にそこに生じて來る筈である。宣長自身も此の困難を或る程度自覺してゐた様子で、「然れども悪はつひに善に勝つあたはざる、神代の道理」を説き（註三）、結局に於いては悪神のあらびは善神の力に負けて正しい道理が恢復するに至ることを認めてはゐる。又世の中のことは何も彼も神の御心によることだからといつて人が一切の努力を抛棄して拱手傍觀すべきでないとして左のやうに説いてもゐる。「さりとてはた善とも悪とも成行まに〳〵見はなちてしりあつかはずて有べきにも非ず。國治め給ふ君々などは況て御心の限りを盡して天照大御神の大御心に叶ひ給ふ御はかりをぞ思ほすべき。大御神はよく治めよとてこそは依し預け給ひけめ。天の下の人草一人も大御神の大御寶にあらざるは無ければ爭でかおほろかには思ひ放ち給ふべき」と（註四）。彼自身は斯様に悪は遂に善に勝つ能はざる神代の道理と共に「神勅の大本動くべから」ず、逆臣は皆滅び去ることを眞實確信してゐたであらう。唯然し彼の善神悪神對立觀に立つ理論體系そのものには悪を轉じて善となさんとする人間の祈りと營み、努力の入り得る餘地が極めて乏しいのである。彼の獨解にも拘らず、我々には彼の思想は何事も神の御心次第と稱して一切の努力を抛棄する「見はなち」の態度とより自然に結合すると思はれてならない。而も私見によれば、彼の全著作に著しい改革と實踐に對する反情、及び徳川氏の幕府政治に對する迎合追隨的態度とは、ひとしく彼の此の思想の根柢に由來してゐるのである（註五）。

註一 「玉匣」・全集第六巻九頁、「臣道」・全集第六巻一〇二頁、「古道大意」・全集第一巻一二頁、山田「神道思想史」一一一頁。此の藏作本とは山東京傳の「心學早染草」のことである。尤もこれは、笹川種郎氏の説によれば、直接には其の標題の如く當時流行の心學を利用したもので、當時江戸の心學者として有名だつた中澤道二が作中の道理先生のモデルだつたといはれてゐる。「酒落本草雙紙集」（評釋江戸文學叢書）一三頁・一八四頁

註三 「玉匣」・全第六巻一二頁。

註四 「臣道」・全集第六巻一〇二頁。

註五 彼の非實踐的態度は日常生活にも現れてゐた。例へば「學者はただ、道を尋ね明らしめしるをこそ、つとめとすべけれ、私に道を行ふべきものにはあらず」と稱して、理論ではあれ程佛道を攻撃したにも拘らず、實際生活では「吾家、すべて先祖の祀り、供佛施僧のわざ等も、たゞ親の世より受來りたるまゝにて、世俗とかはる事」を避けた彼の生活態度と（「うひ山ふみ」・全集第九巻四八六頁）、篤胤が其の一生の間に日本の神道を其の信する古神道を以て覆ひつくし、又神事より佛教色儒教色を一掃し去つたといはれることを對比せよ。政治上も亦、宣長は徳川幕府を「東照神御祖命（アヅマテルカムミオヤノミコト）の天照大御神の大御心より 天皇の御依しによりて天の下預り申行はせ給ふ」ものとなし、又改革については「都て世中の事は斯ては善からずかく改めなば必善けむと思ひ定めて物する事も思ひの外によくはならずて中々に始よりも悪くなる事多し」といふのである（「臣道」全集第六巻一〇二頁）。尊皇の志は極はめて深かりしにも拘らず、それは倒幕の悲願となるまでには程遠かつたといはなければならない。

三 我々は右に宣長によつては悪・犯罪の必然性は與へられるけれども、其の反面に存すべき悪を善にかへす可能性の根據が十分に與へられてゐないといつた。これを別の言葉でいふと、宣長は刑罰による教へ直しの原理は禊祓にあるといふけれども、實は其の禊祓を以て罪穢れを祓ひ清めることが果して可能であるかどうかが問題であつて、むしろそれは不可能だといふことになるのではないかと思はれるのである。此の宣長の思想の限界を「師の説に泥むな」といふ宣長自身の言葉に從つて乘越えて進んだ者は平田篤胤であつた。山田博士はこれを次のやうな言葉で説いてをられる。曰く「神道には世界中にない祓といふことがあるけれども、其の反面に存すべき悪を善にかへす可能といふ問題がある。」然し「本居先生流に解釋したらば、何時まで經つても祓の可能といふことは起つて參らない。

矯正図書館所蔵

平田の神道に至つて初めて被の可能といふことの說明がつくのである」と。これは宣長と篤胤との關係を最も簡明に指摘されたものである。我々の疑問は、實は此のやうに宣長の思想の最も本質的な缺陷に觸れるものであつた譯である。そこで以下に於いて我々も亦篤胤に從つて最後の困難な一歩を踏み出すことにしよう。

篤胤の此の點に關する仕事は、直接には、宣長によつて非常に惡い神として理解せられた禍津日神の本質に關する反省として遂行せられた。篤胤によれば禍津日神は決して惡神と考ふべきではない。「世の古學する徒の然る本の謂は尋ねて、一向に、惡き事とし言へば、須佐之男命よ、禍津日神よ、と云が慨さに」彼は此のことを明かにしようとしたのである。そして宣長に對しても「すべて師の、須佐之男命、禍津日神の事を言れし說どもには、甚く違へる事ぞ多かる」と斷じてゐる（註一）。篤胤の禍津日神の解釋は次の言葉により明かである。曰く

「さて此神は、伊邪那岐大神の、其のふれ坐せる夜見國の汚穢を、疾く被去むと、太じく所念し入り坐し御靈に依て、彼の穢の大御體を、はらひ出る驗とて、最初に此神の生坐るなり。（さるは二柱大神の、神たちを生し坐る事實を、つら〳〵に察奉るに、凡てその大御靈を、一偏に所念し凝し給ふ時に、神たちは生れ坐て、其生れ坐る神々の其事に靈幸ひ坐すなり。其を一二いはゞ、國の狹霧を撥はむと、御心を凝し給へば、風神の生坐し、火神の荒ひを靜めむとしては、水神土神を生まし、夜見國より荒びくる物を止めむと、塞へ給へる御杖、また千引磐に、塞神たちの成り坐るなどを以て、此の理を曉るべし。此等一偏に、御靈を凝し給へるに就て、其生坐る神たちの、其方に功ある跡の、炳焉きものぞ。）故この神は、穢き事を甚く惡みて、汚穢たる事のあれば、荒び給ひて、禍事を爲し給ふ故に禍津日てふ御名は負坐るなり」と。更に此の禍津日神は「伊邪那岐命の穢を惡み給ふ御靈に依て、生坐る神に坐す故穢のあれば怒り荒び坐て、理の如くならぬ、曲事をさへ爲給ふを、汚穢の清まり意れば、御荒びなきは更にも云ず、いみじき功をさへに爲し給ふなり」とも說かれてゐる（註二）。

山田博士は此の篤胤の考へを解說して次のやうに述べてをられる。「伊邪那岐、伊邪那美二柱の神様が神をお生み遊ばす姿を見ると、只管そこに大御心を集中せられる。さうするとその御心が凝りて神様がお生れになる。その神様はたとへば風のことに就いてお考へになり御心を凝らされると風の神様がお生れになる。卽ち霧を拂ひたい。國のさ霧をこの儘にして置いてはいかん。何とかそれを拂つてしまはなければならぬといつて御心をその一點に集中あそばす。さうするとその伊邪那岐の神様の御心から生れたまふその神様が風の神様におなりになる。かういふ意味である。」禍津日神も同樣であつて、伊邪那岐大神が「この體についた穢れを除いてしまはなければならぬと思召した結果、その御身から穢れが離れる。その離れた穢れに依つてお生れになつた神様はどういふ神様であるか。霧を拂ひたいと思つた時に風の神が出た。それと同じやうにその禍津日神はよろづの禍をば除かなければ承知しない神様だ。穢れたことがあつたならばそれを除く神様だ。だから禍津日神は世の中に禍を下す神様ではない。穢れを去らしめる神様だ。穢れたことがあつたならば承知できないそこで、その穢れたものに對して禍を下される。かういふ神様だといふ考へ方である　さうなつて參ると二元論ではない。一元論になつてしまふ。これが平田先生の神道の神髓である。」而して斯樣な思想は古い神書にあるところの　天照大御神の荒御魂が八十禍津日神だといふ言ひ傳へとも一致するとせられてゐる。山田博士は此の思想を承繼して更に次のやうに論ぜられるのである。

「荒御魂の御荒びといふのは一面から見れば、如何にも禍津日と見えるもので、誰かまづいことをするものがあればそれをなほさなければ承知しない。それが禍津日神の心であり、それが荒御魂の姿である。丁度親が子供に對して荒い事をしても禍を下すのが目的ではない。しかしながら子供からいへば一時は禍かも知れないが、それで子供が素直になれば荒魂はどこかにかくれてしまふ。これが禍津日神の御心である。」博士によればこの考へ方を擴充して進んだならば、神道の根本原理が必ず說けなければならぬ筈であつて、前の宣長流の解釋からは、何時まで經つても出

矯正図書館所蔵

て來なかつたところの祓の可能性もそれによつて始めて與へられるのである。祓は「詰り……荒御魂の發動の一つの姿である。」これは更に日本人の宗教心そのものと關聯してゐるのであつて「例へていふと讒言を受けて死んだ人が神樣になると、その神樣は自分は讒言を受けて死んだから、世界中の人を讒言で困らせてやるかといふとさうではない。かへつて讒言を受けて居る人を救つてやる神樣になる」といふやうに考へられる。それの著しい例は天滿宮である。それと同じことで「禍津日神も穢を憎んで、それを去らなければ禍を下されるが、それは善人に禍を下す神樣でない。穢れを承知しない神樣である。穢れがなくなればそれでいゝといふ神樣である。こゝに穢を祓ふことが可能になるべき道理がある。從來何所から祓の可能が起つて來るかといふことを未だ說明した人がないと私は思ふ。それは唯祓へ給へ淸め給へといへばよい。それに相違ないのであるが、併しそれには可能の原理がなければならぬ。その祓の可能の原理がこの荒魂の活動にやどる」茲に平田神道の神髓があるといふのが山田博士の結論である（註三）。

我々の問題も茲に至つて始めて解決に達した譯である。先きに宣長によつて、死刑の如き純粹なる淘汰刑は別として、刑罰一般の作用は正に犯罪者の「敎へ直し」にあり、更に斯くの如き敎へ直しの原理は伊邪那岐大神の橘の小門の阿波岐原に於ける御禊にあるとせられたが、彼の善神惡神の對立による善惡二元論は禊祓の可能性そのものを喪失せしめ、ひいて刑罰の敎へ直しの作用をも疑問たらしめた。然るにいまや篤胤によつて、禍津日神は惡神でなくて、むしろ罪穢れがあると承知しない神樣であり、禊祓を要求すると同時にそれを可能ならしめる神樣であると解釋を改められるに至つて、禊祓の祓淸める働きが確保せられ、更に刑罰の敎へ直しの働きも保障せられることになつたのである。然し此の神道思想の發展のもつ意味は單にそれだけに止まるのではない。更にそこに展開せられた考へ方が又我々の刑法論の理論構成に對して極めて重要な示唆を含んでゐると思はれるのである。私は次にそれを指摘して本稿を結ぶことにしよう。

（一） 右の禊祓の可能の原理は、實は、又人の犯罪の可能、卽ち犯罪を犯す者の人格の自律、責任を問ふことの可能

を豫定してゐる。何事も神の御心のまにまに動くといふものの、人はやはり神に背き得るものであるといふことが前提とされなければならぬ。罪は禍津日神の所業だといつて責任を免れることはできぬのである。「誰かまづいことをするものがあれば」といふ山田博士の言葉は、このやうな他人又は神樣に轉嫁せられ得ない自分自身の罪、惡行の可能を豫想するものでなければならぬ。

（二） 更に此の穢れ、罪といふものは神まかせに放置しておいては淸められるものではない。此の點篤胤にも山田博士の說明にも若干不明確な點がある。卽ち一方では荒御魂は穢れを去り淸めて下さる働きとして說かれ乍ら、他方では穢れは穢れた者自ら、これを淸むべきもので、それを淸めることによつて、荒御魂の荒びが靜まるやうにも說かれてゐる爲め、そこに何か混亂があるやうに思はれるのである。然しこれはむしろ穢れた人の穢れを去らうとする努力（祈りとしての營み）と神のそれを助けようとする働きとが一つになつて始めて眞の祓が可能になることを語らうとしたものと解すべきであらう。人は獨力を以てしては完全に穢れをとり去ることができない。神も亦、穢れを淸めようと欲して努力せぬ者から穢れを去ることは爲さない。穢れが淸まるためには人の淸めようとする營みが恰も神を念ずる心によつて行はれること、もつと正確にいへば、彼の營みが正に此の祈りとして爲されることを要するのである。禍津日神は穢れた者、罪を犯した者が自ら穢れを去らうと努力しない限り禍を下されるが、彼が祈り務め始めるときは直ちに御荒びをやめてそれを助け給ふものである。斯樣に神と人の營みが一つになるときに始めて、祓が可能になると考ふべきであらう。卽ち罪を犯し穢れたる者に對して下される神の非難としての禍と、一旦罪を悔ひ穢れを淸め神に祈る心を起した者の祓ひ淸めの營みに對する神の働きが荒御魂又は、禍津日神にある譯である。

（三） 刑罰も全く同樣な意義をもつてゐる。それは、汝は避くることを得べく且避くべかりし非行を汝の義務に背いて敢てしたのであるといふ行爲者に對する叱責と非難とを含んでゐる。叱責といひ、非難といひ、何れも怒りの

矯正図書館所蔵

表現であるが、刑罰は正しく國家的正義の不正に對する怒り、憤りの表現である。但し日本刑法が犯罪に對して示すところの怒りや憤り、責任非難といふものは、決して原始時代に於ける復讐の如く、盲目的本能的なものでなく、又西洋中世末期に於ける墮落した害惡刑のやうに、犯罪者を其の過去の犯罪事實につき、專ら責め苛むといふだけのものでもない。其の一般的性質は、むしろ親や教師が間違つた行爲をした子供、又は生徒に對して加へる叱責にも似た大きな國家的慈愛に發源すると共に、又國家的理性によつて統禦せられたものである。卽ち犯罪に對する國家的責任非難は、行爲者を犯罪について、叱責非難すると同時に、又彼の心からの後悔と謝罪とを求め、必要なる自己錬成によつて將來に向つて忠良なる皇民としての、發足を爲さしめんとする目的の定立を生む　而して正に此の目的實現の手段として刑罰が用ひられるのである。故に刑罰の內容や種類を規定するものは、應報刑論のいふ如く責任それ自體の重さ（責任→刑罰）ではない。さればといつて實證主義の論者のいふやうに、責任非難と沒交涉に（むしろそれを否定して）定立せられた目的が刑罰を規定する（目的→刑罰）のでもない。正當には右の如く責任が目的を定立し此の目的が刑罰を定めるといふやうに、三段（責任→目的→刑罰）に考へなければならぬのである。——今や我々は更に進んでそこに惡をあくまで擊ち乍ら、而も其の惡を善に轉じ直さうとしてやまない禍津日神、或ひは荒御魂の現實なる躍動を看取すべきである（註四）。

註一　「古史傳　九之卷」・平田篤胤全集春之卷・卷之九一九頁。

註二　「古史傳　六之卷」・全集春之卷六之卷二九頁以下。

註三　山田「平田篤胤」（昭和一七年）八九頁以下、同「平田篤胤の神學」（昭和一五年）三三四頁。宣長も「大祓詞後釋」中の瀨織津比咩に關しては、それを禍津日神となしつゝ、其の神が穢、凶事を消滅せしめることに協力されることを認め一步これ等の解釋に近づいてゐる　全集第五卷四二一頁。

註四　これは更に刑務所內に於ける敎悔の日本法理的組織の問題と關聯して來る筈である。

資料

ナチス・ドイツの戰時刑法（三）

市川秀雄

（二）國民の害賊性に對する銃後治安維持のための戰時刑法

（其の一）（承前）

四

一　次に『國民の害賊に對する命令』第二條の註解に移ることにしよう。

さて、その第二條の註解を試みるに先だつて、まづ、第二條の本質を明かにすることからはじめよう。

第二條の本質に關しては、種種の學說が對立してゐる。さうして、かかる學說上の見解の相違は、第二條の實證上の違法要素に關するものといふよりも、むしろ、法律的構成に關するものであるといふ方が適切である。それで、第二條の本質を把握するのに三種の代表的見解がある。その一は、第二條をもつて人的刑罰量定規範 persönliche Strafzumessungsregel を定めたものであるとするのであり、その二は、構成要件に因る刑罰加重の基礎 tatbestandlicher Straferhöhungsgrund を規定したものであるとし、さうして、その三は、特別犯罪 Sonderverbrechen を規定したものであると主張するのである。上の三種の主張は、それぞれしかく第二條の本質を理解して、第二條の適用に資しようといふのである。

かく對立を見た第二條の本質論において、第一の見解、すなはち、第二條をもつて人的刑罰量定規範を定めたものであるとするの見解は、非常に熱心に主張されたのであるが、しかし、この說は之を支持し得ないものとせねばならぬ。それは、この第二條を、身體、生命竝に財產に關する一般刑法の構成要件に對し、これに附加的の意味で規定された一つの非獨立的な、適切にいへば、從屬的な規定として考へるとしても、第二條の規定

矯正図書館所蔵

は、しかし、なほ、一般刑法の身體、生命竝に財產に關する構成要件に對して更に構成要件上の補充をなしてゐるのであるからして、單に行爲者の刑の加重を徴表してゐるのみのものではないとせねばならぬからである。

第二條をもつて構成要件に因る刑の加重原因を規定したものであるとする第二の見解は、最高法院の判決に依ると、生命、身体竝に財產に對するあらゆる重罪及び輕罪に漸次その適用を見むとしつつあるところで、今や、恐らくは通說と見做され得べきものである。しかし、それにもかかはらず、判示せられた數多くのそれらの判決からは、その法律的構成は未だ十分に明瞭にされてゐない、といはれてゐるのである。

さて、第三の特別犯罪說であるが、元來、この『特別犯罪』といふ語は、非常に多義にして曖昧なので、格別にその意味を明かにする上に障礙があるのである。上に述べたやうに、第二條をもつて『單純な刑の量定の基礎』Mosser Strafzumessung-grund を示したものとするのであることを否定するとしても、このことからして直ちにいはゆる特別犯罪の結論を生じ得るわけにはならないのである。すなはち、單純な刑の量定の基礎を規定したものなることを否定することは、次の二つのことを未解決のままに放置することになるのである。それは、基本的な情狀加重罪——例へばドイツ刑法第二百四十二條の單純なる竊盜に對しての第二百四十三條の夜間竊盜のやうな——についての特別關係の成立することの可能性と純粹なる特別犯罪——例へばドイツ刑法第二百四十二條の竊盜に對する關係における第二百四十九條の强盜のやうな——の存在する可能性のあることとを解決せずにそのままにしておくことになるのである。

最高法院が『一種の純粹なる特別犯罪』 ein echtes Sonderverbrechen といはないのは、上の第二百四十二條に對するの第二百四十三條の關係の說明に復雜を來すに至ることが明かであるからであるといはれてゐる。（しかし、第二百四十三條が第二百四十二條に對する特別犯罪でないことは爭ひの餘地がないところであるであらう）。かやうに、特別犯罪といふ語は曖昧にして多義なるを免れないのである。かやうなわけで、第二條の本質論については、未だ必しも明かにされてゐるとはいひ難いのであるが、しかし、第二條の法律的構成を明かにすることは、實際上においては砕細なことではなく重要な意味を有つてゐるのである。蓋し、それは、後に述べるやうに、未遂、競合、累犯、檢事の求刑、判決の形式上の表現法等、等が、この第二條の根本的見地と關聯してゐるからである。

さて、判決は意識的に第二條の本質に關するいかなる根本的

見解に基づいて判決の結論を得たかを明かにする必要はないが、しかし、われわれはその判決を考察して、判決は第二條に關していかなる根本的見解に據つてゐるかといふことを推察することが出來るであらう。すなはち、われわれは、判決に表はされたところから遡つて、判決は第二條の本質に對しその根柢においていかなる見解を採つてゐるのであるか、といふことを推斷し得るのである。さうして、このやうにして、判決に現はれたところをわれわれが考察した結果は、判決は、主として基本的な情狀加重罪の見解を採つてゐる、といふ結論に到達することになるのである。この結果は、判決は特別犯罪說の見解を採つてゐるのでない、といふ結論に到達することになるのである。かくして、この結果、第二條は、事實的竝に人的刑罰加重の基礎を基本的構成要件の一系列にもたらし來つたので、すなはち、いはゆる犯罪の情狀加重性 sog. Deliktsqualifizierung を明かにしてゐるものであるといふことが出來るのである。しかし、これは、第二條が特別犯罪なる語の從來から慣用されて來た意味における特別犯罪を創造してゐるのではない。それ故に、基本的犯罪に對するこの情狀加重犯が一つの新らしい、さうして且つ獨立的な違法要素を有つてゐるといふことは否定し得ないところとされねばならぬわけである。しかし、このことは他の多くの情狀加重犯罪——例へば重い竊盜——においても同樣であつて、犯罪の情狀加重性に因つて根本的にその基本犯罪との關係を喪失するものではないのである。

第二條についての本質論に關する考察は、これ以上深入りしないことにしたいが、上のやうな第二條の本質に關する諸家の論爭的對立的な所見において、特にフライスラー氏は第二條と第四條との特別犯罪說を代表され、又ナグラー敎授は基本的犯罪への從屬性を强調してゐられるのである。しかし、要するに、ドイツの學界及び裁判所の見解としては、第二條をもつて構成要件に因るの刑罰の加重を規定したものとする說が通說たらむとしつつあるのであり、少なくとも、今、最も有力視されてゐるものといふことが出來るのである。

二 次に、第二條の構成要件の註解に及ばう。

先づ、第二條の基本的構成要件の第一は、身體、生命又は財產に對する重罪又は輕罪である。しかし、これについて、その限界をわれわれがドイツ刑法上の法益保護の一體系の意味において解釋するときには、それは甚しく狹隘なものになることを注意せねばならぬ。蓋し、裁判所においては、第二條所定の場合を多種多樣なものとして考へてゐるのであつて、それ故に、風俗犯や國家權力や自由意思やに對する犯罪として體系的に考

矯正図書館所蔵

へられてゐた犯罪行爲及び、その上に、純正な不作爲犯までもないことを罰するものであるとし、又ダームは、同條をもつて社會同胞への義務の違反、すなはち同胞への不人情を罰するにあるとの理由に因つて、いづれも上の判決に反對の態度を示してゐられるのである。

又、第二條と風俗犯とに關するものについては、ドイツ刑法第百七十五條及び第百七十六條に關するライヒ裁判所の判例がある。しかし、兩つの判例はいづれも身体の侵害又は身体に對する脅迫と結合した場合のみに關するものであつた。さうして、本條と國家權力とに關するものについては、既に最高法院から判決が示されたのである。更に、ドイツ刑法第二百四十條の「强要」Nötigung について、ライヒ裁判所は、その一九四〇年三月四日の判決において、强要そのものは意思の自由に對する輕罪であるが、しかし、『それは、むしろ戰時關係といふこと及び國民の害賊に對する命令の立法の精神竝に目的が顧慮されねばならぬ』とし、つづいて、『果して然らば、意思の自由に對する犯罪的企行も、亦、身體又は生命に對する侵害であり得る』と判示したのである。なほ、この判決の中において、ライヒ裁判所は、『國民の害賊に對する命令を解釋するに方つては、純理論的評價と思考とは之に對して解決を與へ得ないであらう』と揚言してゐるのである（Vgl. Entscheidungen des Reichs-

gerichts in Strafsachen. Bd. 47, S. 11 ff.）。それで、右の判決中に現はれてゐる事案は、被告人は、被告人の逃走を阻止しようとした某、某等二人に對し、燈火管制に因るの暗闇を利用して、用捨なく自己の乘つてゐた車を彼等兩人の方に突進させ、彼等を轢き殺さむとして脅かしつつ、右兩人を强要し、その正當なる企圖を中止せしめようとしたことにかかるものであつた。なほ、この判決は、前審裁判所たる刑事裁判所が、『强要の場合には國民の害賊に對する命令第二條の侵害となる』として、本件の事案に關し第二條を適用したのに對し、ライヒ裁判所がこれに贊意を表して上告を棄却したものである。かくして、右のライヒ裁判所の判示した趣旨に從へば、戰時關係を顧慮し、又國民の害賊に對する命令の精神に從へば、從來單に意思の自由に對する犯罪とせられてゐた行爲も、亦、身体又は生命の侵害となり得るとされることになつたわけである。さうして、ウェルツエル教授が、上の判決とその趣旨を同じくして、『茲に（國民の害賊に對する犯罪の第二條をいふ、身體竝に生命に對する犯罪とは、單に身體侵害のみに止まらず、人の自由を侵害する犯罪、暴力的風俗犯も、亦、しかり』といつて、身體侵害罪のみならず、人の自由に對する犯罪をも身體竝に生命に對する犯罪としてゐるのが注目されねばならない。他にも、『意思の自由に對する侵害も亦第二條の保護の下にはひつて來る』といつて、上の判決に左袒してゐる學者もあるのである。しかし、これに對しては、『ライヒ裁判所の判決に示された理由はいかにもあれ、戰時においても平時においても、理論的解釋に依つても實際上の解釋に依つても、强要といふのは、結局、やはり意思の自由に對する輕罪でしかない。しかるに、判決の基礎となつてゐる具體的の場合においては、身體又は生命に對する侵害に因つて（轢き殺さむとすることに因つて）强要の（威迫して）結果が生じたのである。それで、命令の第二條が適用されねばならぬことになるわけであつたのである。かやうに考へることが正當であるが、かく考へることの結果は、具體的な事案を觀察するに方つて、上の判決の採つた方法のやうに、國民の害賊に對する命令の精神を顧慮した實踐上の解釋と理論的な思考とを刑事上で、上の判決において示されたやうな對立に陷らせることもなく、法益すなはち刑法の體系を具體的の事案の必要に順應せしめるといふ方法に依るよりかも、はるかに異議を挿しめることなく解決せしめたであらう』と上の判決を批評されたコールラウシュ教授の評言は、まさに正當なものとして傾聽されねばならぬ。わが國においても、强要罪は、人の自由を對象とする法益を侵害する罪であるとせられるのが一般であつて、生命、

矯正図書館所蔵

身體に對する侵害罪と區別するのに異論がないところであることからしても、上のコールラウシュ教授の評言は肯綮に當るものといはねばならぬ。

三 基本的犯罪行爲の未遂は、第二條の構成要件を充足する、といふのが通說となつてゐる。さうして、ライヒ裁判所の判決は、通說を承認してゐる。すなはち、ライヒ裁判所の示した一九四〇年三月十九日の刑事部判決の要旨の（二）には、基本的犯罪行爲の未遂と第二條との關係について次のやうにいはれてゐる。曰く、『基本的犯罪行爲が未遂にのみ終りたるときと雖も、第二條に對する犯罪は完成したるものとす』と。この判決は、基本犯罪の未遂をもつて、之を第二條に依る犯罪の既遂とし、これに對して第二條が適用せられるに十分なのであることを判示したものである。

しかし、上の判決の見解に對して、コールラウシュ教授は、基本犯罪が重罪であらうと輕罪であらうとに關せず、換言すれば、いかなる基本犯罪の未遂に對しても第二條は適用されるのであつて、基本犯罪の未遂は、第二條に依つて情狀に因る加重が行はれなくとも罰せられるであらうか、といふことは問題にならない、といはれ、更に、基本犯罪の未遂が第二條に依り罰せられるのは、通常のやうに、かやうな情狀に因る加重が基本犯罪を重罪にしてゐることから原因してゐるのである、としてゐられることは妥當な見解であるとせねばならぬ。なほ、コールラウシュ教授は、上のライヒ裁判所の判決に對して詳細な批評を試みてゐられるのであるが、これについては、玆では省略することにしよう。惟ふに、基本犯罪の未遂は、第二條の既遂となるのではなく、それは、やはり、第二條の未遂でなければならぬ。しかし、第二條は重罪に關する規定であるので、ドイツ刑法第四十三條第二項の規定に從つて、未遂に關する特別の規定がなくとも之を罰し得るわけになるものとせねばならぬのである。

四 さて、本條の『空襲の危險を防衛する爲に執られる措置』zur Abwehr der Fliegergefahr getroffene Massnahmen といふ註解に移ることにしよう。

『空襲の危險を防衛する爲に執られる措置』といふのに第一に擧げらるべきは、燈火管制 Dunklung od. Verdunkelung である。それで、このナチス・ドイツの戰時刑法たる『國民の害賊に對する命令』第二條を母法として立案されたわが『戰時犯罪處罰の特例に關する法律』（昭和十六年法律第九十八號）（この法律は後に『戰時刑事特別法』昭和十七年法律第六十四號に依つて吸收廢止され、前者の第一條第二條はそのまま後者の第四條第五條において存置されることになつた）においては、『戰時に際し燈火管制中又ハ敵襲ノ危險アル場合ニ於テ』と規定して、空襲に對する防衛の爲の措置として單に燈火管制を擧げてゐるに止まるのである。しかるに、ナチスの戰時刑法たる上の命令の本條では、燈火管制といふのに止まらないで、ひろく「空襲の危險を防衛する爲に執られる措置」と規定してゐることが注意されねばならぬ。しかし、「空襲の危險を防衛する爲に執られる措置」といふうちで、燈火管制が最も主要なものであることはいふまでもない。それで、燈火管制と關聯して考へらるべきは、燈火管制に因つて闇黑化されたのでなくして、自然の暗闇 natürliche Dunkelheit であるが、かやうな自然の暗闇では空襲防衛の措置の利用といふことが出來ないのは勿論である。されば、もともと自然に存在してゐる暗闇、例へば田舍道のやうな途上で暗闇が利用されても、それは、この第二條の問題とならないのである。

さて、『空襲を防衛する爲に執られる措置』の第二に擧げられるものは空襲警報 Fliegeralarm である。しかし、空襲防衛練習のための警報、すなはち訓練警報も、亦、右の措置の中には

ひることになつてゐる。蓋し、練習のための警報は、住民をして必要なる防衛措置を嚴守せしめるやうに訓練するに役立つてゐる一種の『空襲の危險を防衛する爲に執られる措置』であるからである。それで、最も多く問題を生ずるのは、燈火管制の暗闇の間においてであらうが、しかし、白晝でも、すなはち白晝の空襲警報の際でも本條の犯罪が行はれ得ることがあらう。

なほ附言するに、わが戰時刑事特別法においては、ドイツのこの第二條の規定が單に『空襲に對する防衛の爲に執られたる措置』としてゐるのに對し、空襲に對する防衛の措置としてはただ燈火管制を擧げてゐるに止まることは上に述べたが、しかし、ドイツの規定より更にひろく『敵襲の危險』ある場合及び『戰時に際し人心に動搖を生ぜしむべき狀態』といふのを加へてゐることを注意すべきであらう。但し、ドイツのこの『國民の害賊に對する命令』においては、『戰爭に因り生じたる非常狀態』の利用一般については別に第四條に規定があるのである。

五 さて、第二條には『空襲の危險を防衛する爲に執られた措置を利用して』とある。そこでここに規定されてゐる『利用して』、すなはち、„unter Ausnutzung" といふ立言の解釋についていろいろ問題があるのである。それで、この言葉について、まづ目につくことは、ナグラー教授もいつてゐるやうに、本條においては從來使はれてゐた „Benutzung" といふ文字の代りに „Ausnutzung" といふあまり世に行はれない新奇な表現用

矯正図書館所蔵

語が選ばれて特にこれが使用されたことである。さうして、これは、恰も、ドイツ軍刑法第百二十九條の新らしい語法が戰爭の恐怖の利用といふ措辭において、從來の „Benutzung“ の代りに戰時關係の利用といふのにおいて „Ausnutzung“ といふ文字を用ひたのと同じであるといへよう。これについて、ナグラー教授は、純粹に言語上からいへば „ausnützen“ とは „nutzend erschöpfen“ と同じ意味であるとし、且つ、それ故に、自己に提供せられた機會を單純に役立てる blosses Gebrauchmachen ことでは十分でないので、むしろ、それは、その機會を狙ふとか又は機會を特に效果的に利用する besonders ausgiebige Benutzung ことを必要とする、といはれてゐる。さうして、この點は既にライヒ裁判所が一九四〇年二月十六日になしたその判決においてこれを明かにしてゐるところである。(Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd.47, S.36 ff.)。すなはち、ライヒ裁判所はこの判決において、『空襲の危險を防衞するために執られた措置が爲されてゐる間に、換言すれば、燈火管制のために暗闇となつてゐる間に第二條の犯罪が行はれたからといつて、それは必ずしも空襲の危險を防衞する爲に執られた措置を利用して生命、身體又は財產に對する重罪若は輕罪が爲されたとはいへない。『空襲の危險を防衞する爲に執られた措置を利用して』といふ用語が示してゐるやうに、むしろ、それになほ或るものが附け加はらねばならぬ。それ故に、燈火管制がなかつたならば、その行爲はおそらく爲されなかつたらうといふことは必要ではないが、しかし、他面において、行爲の實行が燈火管制に因つて幾分か容易にされたといふことが非常に大切なこととして特別に要求される』ことを明示し、更に『行爲は燈火管制を十分に意識して利用したのでなければならぬ』と判示したのである。この判決に現はれた事案は、職務執行中の巡査部長Mに對し、燈火管制中、被告人が激昂のあまり意識的にビール罎を投げつけたといふのであつた。それで、ウェルツェル教授は、『利用して』といふ言葉は、決して燈火管制が行爲をさせる動機であつたことを意味するのでなく、又燈火管制に因つて行爲の準備若は實行が促進されたことを意味するのでもないとし、（これについては、特にハンブルグの特別裁判所が同趣旨の判決を示してゐる Vgl. Deutsche Justiz.1939,S.1836)、それ故に、『利用して』といふのは、單に燈火管制を意識してゐることでは十分でない、すなはち、空襲の措置は、行爲の直接の準備又は實行を若は行爲者の逃走等を容易にするのでなければならない、少なくとも、主觀的にはそれらを容易にすることが考へられなければならない、（何故な

れば、『利用して』といふことには一種の主觀的な傾向が含まれてゐるからである）、それで、行爲者が、この容易にされることを利用しようと欲したのでなければならない、と說いてゐられるのであるが、ライヒ裁判所も、亦、これと同じ趣旨の判例を示すことになつた（Vgl. RG, EStS. in Deutsche Justiz, 1940,S.101）。

しかし、種種の防空措置について、行爲のいかなる段階において——すなはち、豫備から實行後の逃走までを含めて——その防空措置が行爲者から利用されたかは問はれるところでないのである。但し、これに對して、犯罪そのものの實體の實行についていはれるので、犯罪の實體の實行を終つた後になつてからの利用行爲は問題とされない、と主張する學者もある。それで、犯罪の終了までの行爲のうちの一部分においてのみ防空措置が利用された場合でも、本條の犯罪は十分に成立するといふことになるのである。

次に、防空の措置が實施されてゐる間に犯罪行爲が爲された場合においても、必しも常に空襲防衞措置、特に燈火管制の際におけるその利用とは認められない、といふことである。これは當然なことながら、ハンブルグの特別裁判所が判示したところである（Vgl. Deutsche Justing,1933,S.1835）。後に、判例に上つた事案には次のやうなのがあつた。それは、二人の婦人が何の事についてのことからか幾分躍起となつて爭つた結果、燈火のともつてゐるアパートの中で摑み合ひをはじめた。それで、家主から戶外に追ひ出されても、燈火管制のために暗闇になつてゐた街上で、なほ摑み合ひをつづけてゐたが、そのうちに一方の婦人が他方の婦人に對して後から手にしてゐた懷中電燈をもつてその頭部を打ちつづけて負傷をさせ、因つてドイツ刑法第二百二十三條に該當する行爲を犯した、といふのであつた。これに對して、判決は、空襲防衞措置の行はれてゐるうち、爲された行爲と雖も、積極的に何等か意識的に之を利用する意思の下に爲されたものでなければ利用行爲とはいはれ得ない、と判示したのであつた。この判決に對して、ナグラー及びフライスラーの兩家は、ともに、この二人の婦人の中の一人が暗闇に適するやうな鬪爭手段を自分から故意に採つたのでない限り、燈火管制の利用といふことには少しもならない、として贊意を表してゐられるのであるし、又ウェルツェル教授も右の婦人の一人は燈火管制に因つてその行爲を容易にされたのでもないし、暗闇にまぎれてその行爲を爲したのでもないといふ理由に因つて、右の事案に『國民の害賊に對する命令』の第二條を適用すべきでない、といつて、判決を支持してゐられるのである

矯正図書館所蔵

ある。これと同趣旨の判決が、その後一九四〇年二月十六日にライヒ裁判所からも示されてゐる。

又、この防空措置が執られなかつたならば、その犯罪行爲はおそらくは爲されずにゐたらうといふことは、本條の犯罪の成立に對して何等の要件をもなさない。すなはち、犯罪行爲の實行が、燈火管制に因つて兎に角に容易にされたといふこと、例へば被害者に防衞を困難ならしめるとか、警戒を阻害するとか、又は第三者にその救助を妨害するとかいふことが、第一に客觀的に必要にして且つ十分なる要件であり、行爲者が上記のことを意識してその行爲を爲すことを決意したことが、第二に主觀的に必要にして且つ十分なる要件である、といふことをライヒ裁判所の一九三九年十二月十九日の判決が明かにしてゐる。別に、一九四〇年二月十六日の判決も之を明かにしてゐるが、この種の判例は相當に多數に上つてゐる。

なほ、防空の措置が犯罰行爲の準備のために利用され、或は犯罪行爲後において、その結果を確保するために利用され若は犯罪後の逃走を容易にするために利用された場合でも本條の犯罰を十分に構成するのであるが、特に最後の場合、すなはち犯行後の逃走を容易ならしめる場合については、「行爲者に右の事情が遲くとも行爲の實行中に意識されねばならぬ」といふことが一九四〇年七月二十五日のライヒ裁判所の判決に依つて明かにされた。(Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 74, S. 246ff.)　この判決に現はれた事案といふのは、被告人は、某醫院の待合室から談話室に行つてゐた某の外套を竊取し、右竊取後道路に出でたる際燈火管制の暗闇がその逃走を容易ならしめることを意識して、之を利用することに因り盜取したる外套を確保することに成功したといふのであつた。他にも、同樣に、被告人は、某と談合して齒科醫の待合室から外套を竊取し、燈火管制が逃走を容易ならしめることを意識し、之を利用して逃走したといふ事件に對する判決もある。この種の判決はかなり多數示されてゐる。

六　さて、次に、第二條の行爲者類型について考察を進めねばならぬ。

抑も、ナチス・ドイツの戰時刑法においてその思想が特に發展せしめられ鮮やかにされることになつた『行爲者類型』『行爲者定型』又は『犯罪人定型』の思想すなはち Tätertyps-Gedanke は、ナチス戰時刑法が行爲者刑法への發展、換言すれば、その主觀主義化への發展をなしつつあることを最も鮮やかに示してゐるところのものである。それで、この行爲者類型について詳しく茲に註解を試みることは到底不可能なこと

といはねばならぬ。茲ではほんの少しばかりその概念を明かにするに止めておかう。そのやや詳しくは、わたくしの別に之について論じたところに讓ることにしたい。

ナチスの戰時刑法においては、多くの場合に、法律の規定してゐる構成要件を一定人が違法且つ有責に recht swidrig und schuldhaft 實現するといふことでは、未だこれに對して可罰性ありと爲すに足らぬとされるのである。『國民の害賊に對する命令』第二條の適用についても、亦、このことがいはれること後に說くやうなのであるが、それで、可罰性ありと爲すためには、その一定人は、これに加ふるに當該の法律が考へてゐるところの行爲者類型に相當しなければならぬとされてゐるのである。これについて、グライスパッハ教授の言葉を藉りていへば、この行爲者類型なるものは、人人が構成要件から表示された具體的の行爲の現はれ Tatbild を主觀的なものに移行せしめる、すなはち、表現ぜられたる行爲から一種の行爲者たる形相 ein Täterbild を創造するといふことからのみ明かとなるものでなく、更にこれを超えて、上のやうにして獲得せられたる形相になほ一つ乃至若干の特徵を附加したものであるのである。しかも、それは全く主觀的な性質のものであることが注意されねばならぬのである。

さて、今次のヨーロッパ戰爭の勃發に際し、刑法上の防衞が迅速に强化されねばならなかつた時に方つて、戰爭勃發直後に制定された戰時刑法の法規は、この行爲者類型を基礎として構成されたのであつた。すなはち、『國民の害賊に對する命令』の標題自體からして行爲者類型を基礎として構成されてゐるのであることについては、已に上に明かにしたが、更に『國民の害賊に對する命令』の公布後幾ばくならずして制定された『暴力犯人に對する命令』も、亦、その標題自體からして行爲者類型を構成してゐるのである。さうして、更に『重い犯罪少年に對する防衞令』が亦しかりとされるのである。

かやうにして、構成要件は行爲者に關聯させられてゐるのであるが、その構成要件は法律の考へてゐる行爲者の形相 Bild des Täters を明かにしてゐるものではなく、行爲者の形相は、法律の標題から明かとなるのみならず、又、戰時法規の制定せられるに至つた情況——この情況に從つて戰時法規は理解されねばならぬのである——やや科刑の重いことからも知られる、といはれてゐる。

しからば、行爲者類型は之をいかにして知り得るか、しかし、これを知るの方法は、いろいろあつて種種まちまちであるとされてゐる。すなはち、或種の戰時刑法は、行爲者類型を徵

矯正図書館所蔵

表するために一種の名稱のみを用ひてゐるに過ぎない。例へば、既に註解を試みた『國民の害賊に對する命令』第一條の如きにおいては、上に明かにしたやうに、『掠奪者』といふ一種の名稱を用ひ、之を處斷することが第一條の目的であつて、その構成要件に附加して『撤退せられたる又は任意に退去されたる領域』と規定してゐるのは、全く場所的限定に過ぎないのであることを看過してはならぬのである。或は又或種の戰時刑法の規定は、不十分なる構成要件をもつて滿足してゐるのがある。例へば、これから茲に註解を試みようとする『國民の害賊に對する命令』第二條のやうなのがこれで、これについては、註解に依つてやがて明かとならう。しかし、他の法規の規定における立言においては、その不十分なるところを補ふのに主觀的なる價値概念、例へば特別なる非難性をもつてしてゐるのがある。すなはち、後に註解を試みようとする『國民の害賊に對する命令』の第四條のやうなのがこれであつて、第四條においては『健全なる國民感想が當該犯行の特に非難に値ひするものなるの故に之を要求する場合には』といふことが附加されてゐるのである。なほ、この外に行爲者類型の概念がひろく包括的に構成要件の裡に包藏されてゐることがある。例へば『金屬回收の保護の爲の命令』がこの例とされてゐる。しかし、これについては、後にこの命令について註解を試みる際に明かにすることにしよう。それで、要するに、われわれは、構成要件からしてのみでは各個の行爲者類型を十分に解明し得ない、といふことになるのである。行爲者類型は、法律の標題、前文又は法律の他の表示から明かにされることになるのである。ナチスの戰時刑法において法律の標題、その前文が格別に重要視されねばならぬのは右のやうな理由に因るのである。

なほ、行爲者類型には、「規範的（一般的）行爲者類型」ein normativer (genereller) Tätertypus と「刑事學的行爲者類型」ein kriminologischer Tätertypus とがある。さうして、この兩者は嚴に峻別されねばならぬのであるが、以下に考察しようとするのは、その前者であることを豫めことわつておかねばならぬ。

それで、立ち戻つて、第二條の行爲者類型について考察することにしよう。

さて、第二條の規定のうちには一種特別なる行爲者類型は含まれてゐないのであるから、第二條に規定されてゐる行爲を爲した者は國民の害賊とされてしかるべきわけである。しかし、その行爲者を國民の害賊として第二條を適用するためには、防空措置を利用して爲された基礎的構成要件 Grundtatbestand の

實現に對して別に附け加はらねばならぬ更に一つの要件があるのである。このことは、夙にフライスラー氏が論じたところであるが、しかし、ライヒ裁判所でも、一九四〇年五月二十日の判決において、新たに『刑法第百八十一條に依つては „Zuhälter"――これは「娼婦に養はれる代りにその保護をする男」をいふのである（筆者註）――の行爲者類型のみが處罰せらるべきであるのと同樣に、國民の害賊に對する命令は、國民の害賊をのみ對象として之を處罰するのである』と判示するに至つたのである（Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 74, S.199 besondiers 202.）。さうして、この判決においてライヒ裁判所は、裁判官は一面において第二條の外部的並に內部的構成要件を確認するに際しては格別に細心に審理するの義務を負ふ、といふ趣旨を判示しつつ、更に語をつづけて曰く『しかし、他面において、裁判官は、事件の全事情から、さうして、特に行爲自體から國民の害賊として見做されねばならぬ一種の行爲者人格が認識せられるかどうかを、その構成要件の特質を確認する場合に審査しなければならぬ』と判示してゐるのである。なほ、これと同趣旨の判決が、檢事總長の爲した判決無効の申立に對してもなされてゐるのである。

七 本條の第四條に對する關係を明かにしておかう。

本條は第四條に對して一種の特別規定をなしてゐるのであり且つ本條は第四條に對する特別規定として、一定の場合には、それに優先して適用されるのである。それ故に、第四條は、空襲防衞の措置以外の他の戰爭に因る諸種の困難なる事情が犯罪行爲を實行する場合に利用されたときにはその適用を見るのであるが、又、假令、空襲防衞の諸措置を利用する場合であつても、それを利用して爲された犯罪が身體、生命及び財產に對する重罪又は輕罪以外の他の犯罪行爲に關する場合であるときにも、亦、その適用を見ることになるのである。但し、第四條の場合には、『健全なる國民感想』に依つて刑の加重が要求されてゐるかどうかといふことが更に審査されなければならぬわけである。

八 さきに第二條の本質論について考察した際に、その根本的見解の如何に因つて、第二條の適用の結果について重大なる差異の生ずることを明かにしておいたが、その結果の差異についての若干に關して註解を試みておかう。

さて、本條の本質に就いて三種の見解が存在することは上に詳論した。さうして、本條の本質に就いての右の三種の見解のうち、『人的刑罰量定規範』とするものについては、それが肯定せらるる能はざるものであることも既に明かにした。それ

矯正図書館所蔵

で、本條の本質に關する他の二つの見解、すなはち、（a）基本犯罪に對する本條の構成要件に因る情狀加重の規定として把握する『構成要件に因る刑罰加重規定』と解する見解と（b）特別犯罪として把握するの見解とが有力なものであることも上に述べた。今、兩者の見解に依る第二條の適用上の差異を考察すると次のやうになる。

（一） 未遂

第二條の未遂の場合に關しては、上のaの見解に從ふも、又bの見解に依るも、ともに本條の適用をうけることになる。さうして、兩つの見解のいづれに從ふも、ドイツ刑法第四十四條に依つて刑の減輕が許されることになるであらう。但し、bの見解を採るときには之に關して議論が存してゐることは既に之を述べた。

（二） 共犯

aの見解に從へば、ドイツ刑法第五十條が適用される。例へば、正犯が國民の害賊で、從犯がしからざるとき、又は從犯は國民の害賊であるが、しかし、正犯はしからざるときには、本條は常に國民の害賊に對してのみ適用されねばならぬ。これに反して、bの見解に從へば、從屬的取扱ひをうけることにならう。それ故に、正犯のみが國民の害賊であるときには、正犯も從犯も、ともに本條の適用をうけて處罰せられねばならぬことになるであらう。これに反して、從犯のみが國民の害賊に該當するときには、正犯も從犯も、ともに基本的犯罪の法規に從つてのみ罰せられることになるのである。bの見解に依ると、かやうな妥當ならざる結果を見るので特別犯罪說は實際上缺陷を有してゐるといはれるのである。

（三） 競合

aの見解に從へば、基本的犯罪の法律に對する第二條の關係においては、第二條のみが適用されることは自明のことである。さうして、兩つの見解のいづれに從ふも、ドイツ刑法第四十四條に依つて刑の減輕が許されることになるであらう。但し、bの見解に依ると、かやうな妥當ならざる結果を見るので特別犯罪說は實際上缺陷を有してゐるといはれるのである。

（三） 競合

第二條の未遂の場合に關しては、上のaの見解に從ふも、又bの見解に依るも、ともに本條の適用をうけることになる。さうして、兩つの見解のいづれに從ふも、ドイツ刑法第四十四條に依つて刑の減輕が許されることになるであらう。但し、bの見解に從へば、從屬的取扱ひをうけることにならう。それ故に、正犯のみが國民の害賊であるときには、正犯も從犯も、ともに本條の適用をうけて處罰せられねばならぬことになるであらう。これに反して、從犯のみが國民の害賊に該當するときには、正犯も從犯も、ともに基本的犯罪の法規に從つてのみ罰せられることになるのである。bの見解に依ると、かやうな妥當ならざる結果を見るので特別犯罪說は實際上缺陷を有してゐるといはれるのである。

（四） 判決の形式

判決の形式に就いては、aの見解に從へば、『被告人は國民の害賊に對する命令第二條と關聯せる竊盜の廉に依り……に處す』„Der Angeklagte wird wegen Diebstahls in VBdg. mit §2 Volksschädl VO, zu... verurteilt.“ といふことになる。これに對してbの見解に從へば、『被告人は、國民の害賊に對する命令第二條に關する犯罪の廉に依り……に處す』„Der Angeklagte wird wegen Verbr. gegen §2 Volksschädl VO, zu... verurteilt.“ といふ形式に依つて判決されることになる。

それで、ライヒ裁判所は、殆どその悉くにわたつての判決において、第一の形式を採つてゐるのである。從つて、ライヒ裁判所は、第二條においては特別犯罪說を認めてゐないといふことをいひ得るわけである。

（五） 累犯

aの見解に從へば、判決は後の累犯刑を基準とすることが出來るが、bの見解を採れば反對である。

さて、以上の結果を比較綜合すると、第二條の本質に關する論爭は、實際上、重要なものでないといふことは出來ないところである。さうして、その結果は、aの見解が妥當なものとして承認せらるべきことを示唆してゐるものといはねばならぬ。かかる結論は、ライヒ裁判所の多くの判決の見解とも一致してゐるところであつて、ライヒ裁判所は、第二條をもつて特別犯罪とは見てゐないで、むしろ一種の情狀加重犯と見てゐるのであることを推知し得るのである。

九

本條においては『特に重き場合に於ては死刑に處す』と規定されてゐるのであるが、その『特に重き場合』とは、行爲者の裡に國民の害賊たるの類型が格別に顯著であつて、そのために、その者を國民の中から選除するやうに命ぜられる場合がこれに該當するとされてゐるのである。蓋し、ナチス・ドイツにおいては、徹底的な反社會的性格者をドイツ民族の中から選除し陶汰してドイツ民族から劣惡なる犯罪性を排斥し、もつて民族の頽廢退化を防止するとともに、民族の優秀性を保持し向上せしめやうとの目的から劣惡者を死刑に處するのである。さうして、國民の害賊たる類型者が極めて惡質な反社會的性格者であるとせられることは既に述べたところから明かである。

本條の特に重い場合と斷定するためには、行爲者の人格の根抵に深く立入つてみる心要があるといはれてゐる。それで、行爲者が幾たびも犯罪を行つてゐるとか、行爲者を特徴づけてゐる多くの前科を有つてゐるとかいふやうなことも『特に重い場合』といふことに該當せしめられるといはれてゐるのである。

第二條についての註解はこれに止めて、更に次條に移ることにしよう。

（未完）

矯正図書館所蔵

刑政年報

（自昭和十八年十月
至同年十二月）

十　月

一日　官廳執務時間ニ關スル件公布サル
要旨ー大東亜戰爭中ノ官廳執務時間ハ大正十一年閣令第六號第一項ノ規定ニ拘ラス休日及休暇日ヲ除キ左ノ通リトナル
四月一日ヨリ十月三十一日迄
午前八時ヨリ午後五時迄
十一月一日ヨリ三月三十一日迄
午前九時ヨリ午後五時迄
尙昭和十七年閣令第二十五號ハ本令ニヨリ廢止サル（閣令第二十四號）

五日　大東亜會議國會議事堂ニ於テ開催サル

六日　大東亜會議ニ於テ歷史的大東亜宣言ヲ採擇ス

十三日　「フイリツピン」獨立ヲ宣言、ラウレル氏大統領ニ就任ス

十四日　「マニラ」ニ帝國大使館ヲ設置ス

十八日　土木、造船、造機等直接又ハ間接ニ軍需要ノ構外作業ニ就ク受刑者ニ對シ左記ニヨル榮養給與ヲ考慮ス

記

一、一人一回米五〇瓦麥六〇瓦以下ノ食糧及一人一日金五錢以下ノ適當ナル副食物ヲ給スルコト但シ勤勞給養ノ實給額ハ一人一日九錢ヲ超ユルコトヲ得ズ
二、前項ノ米麥食糧ハ當分ノ間甘藷、馬鈴薯、麵類等ヲ以テ代用シ副食物ハ實質上ノ增榮トシテ適宜處理スルコト
（行甲第二〇五號）

二十日　帝國ガ領事裁判權ヲ行使スル地域ニ於ケル監獄ニ關スル件公布サル
條項左ノ如シ
第一條　帝國カ領事裁判權ヲ行使スル地域ニ在リテハ監獄ニ關スル事項ハ本令ニ定ムルモノヲ除ク外監獄法ノ定ムル所ニ依ル
第二條　監獄ハ領事館（總領事館又ハ領事館ヲ謂フ以下同シ）ニ之ヲ附設ス
監獄ヲ附置スル領事館及監獄ノ名稱ハ大東亜大臣之ヲ定ム
第三條　領事館ノ長タル領事官ハ館員又ハ警察官吏ヲシテ監獄事務ニ從事セシムヘシ
第四條　領事館ニ附屬スル警察留置場ハ之ヲ監獄ニ代用スルコトヲ得
附則　本令ハ公布ノ日ヨリ之ヲ施行ス
（大東亜省令第三二號）

二十一日　自由印度假政府樹立サレ、スバス・チヤンドラボース氏同政府首班ニ就任ス

二十六日　第八十三臨時帝國議會開院式擧行セラル

三十日　日本國中華民國間同盟條約並附屬文書南京ニ於テ調印サル

三十一日　裁判所構成法戰時特例中改正法律公布サル

主ナル條項左ノ如シ
第三條　刑事訴訟ニ於テハ短期一年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル罪及戰時刑事特別法第五條第一項ノ竊盜ノ罪ニ付テハ區裁判所其ノ裁判權ヲ有ス但シ豫審ヲ經サルモノニ限ル
第四條　第一審ノ判決ニ對シテハ控訴ヲ爲スコトヲ得ス
（法律第一〇五條）

戰時刑事特別法中改正法律公布サル
改正ノ重點左ノ如シ
一、瀆職罪ノ規定ノ强化
刑罰ノ加重セラレタルモノ
（一）戰時收賄罪
（二）戰時贈賄罪
新ニ規定セラレタルモノ
（一）戰時收賄罪（斡旋收賄罪）
（二）戰時贈賄罪（斡旋贈賄罪、贈賄幫助及贈賄豫備罪）
主體ノ範圍ヲ擴張ス
公務ニ從事スル職員ハ法令ニ依ラサル者ト雖モ之ヲ公務員ト看做ス
沒收、追徵
二、刑事手續ノ簡易化
（一）區裁判所ノ事物管轄ノ擴張
（二）辯護人ニ關スル制限
（三）公判調書ノ記載ノ簡易化
（四）直接主義ノ緩和
（五）上訴制度ノ改正
（六）略式命令ノ擴張

十一月

一日　司法省官制改正サル
條項左ノ如シ
第四條中「四局」ヲ「三局」ニ、「行刑局保護局」ヲ「刑政局」ニ改ム
第六條ノ三中「專任司法事務官九人」ヲ「專任司法事務官八人」ニ、「專任司法理事官七人」ヲ「專任司法理事官六人」ニ改メ同條ヲ第六條ノ二トス
第八條中「司法屬ハ專任九十四人」ヲ「司法屬ハ專任九十人」ニ改ム
（勅令第八一〇號）

高等試驗ノ停止ニ關スル件公布サル（勅令第八五二號）
（大正十一年閣令第一號「官報、法令全書、職員錄、官廳刊行圖書月報等ノ發行ニ關スル件）改正サル（閣令第一號大藏省令）
行刑局長正木亮、初代刑政局長ニ任セラル
司法省分課規程中改正條項左ノ如シ
第四條第八號ヲ第九號トシ第八號トシテ左ノ一號ヲ加フ
八　司法研究室ニ關スル事項
第十五條第三號ヲ左ノ如ク改ム
三　農商省、軍需省及運輸通信省ノ法案ニ關スル事項

矯正図書館所蔵

第十六條　刑政局ニ第一課、第二課、第三課及第四課ヲ置ク

第十七條　刑政局第一課ニ於テハ左ノ事務ヲ司ル

一　刑務所、拘置所、豫防拘禁所及矯正院ノ設立、廢止及拘禁區分並ニ保護觀察所、司法保護委員事務局及司法保護委員會ノ設立、廢止及管轄區域ニ關スル事項

二　刑務所、拘置所及豫防拘禁所ノ職員ノ職務規程及訓令ニ關スル事項

三　刑務所及拘置所ノ巡閱及情願並ニ矯正院ノ巡察ニ關スル事項

四　收容者ノ衞生ニ關スル事項

五　收容者ノ領置金品ノ保管ニ關スル事項

六　犯罪人ノ指紋ニ關スル事項

七　刑務共濟組合ニ關スル事項

八　行刑統計及保護統計ニ關スル事項

九　書類ノ保存ニ關スル事項

十　他ノ課ニ屬セサル事項

第十八條　刑政局第二課ニ於テハ左ノ事務ヲ司ル

一　刑務所及拘置所ノ收容、拘禁、戒護及釋放ニ關スル事項

二　一般收容者ノ處遇ニ關スル事項

三　收容者ノ作業ニ關スル事項

四　收容者ノ適性檢査ニ關スル事項

五　收容者ノ移送ニ關スル事項

六　作業賞與金ニ關スル事項

第十九條　刑政局第三課ニ於テハ左ノ事務ヲ司ル

一　少年ノ審判ニ關スル事項

二　少年ノ矯正ニ關スル事項

三　少年ノ輔導ニ關スル事項

四　少年及準少年ノ考査及處遇ニ關スル事項

五　少年保護司事務囑託ノ訓練ニ關スル事項

六　一般犯罪者ノ輔導ニ關スル事項

七　司法保護事業委員、會司法保護團體、司法保護委員及司法保護委員會ニ關スル事項

第二十條　刑政局第四課ニ於テハ左ノ事務ヲ司ル

一　思想犯ノ保護觀察ニ關スル事項

二　刑務所、拘置所及豫防拘禁所ニ於ケル思想犯ノ處遇ニ關スル事項

三　收容者ノ假釋放ニ關スル事項

四　收容者ノ教化ニ關スル事項

五　保護觀察審查會ニ關スル事項

六　保護觀察所保護司職務囑託ノ訓練ニ關スル事項

第二十一條乃至第二十三條ヲ削ル

第二十四條ヲ第二十一條トス

構外作業附帶經費廢止サル

（行甲第二〇〇八號）

構外作業場派遣現業員ニ勤勉手當給與ノ途ヲ開ク

（行甲第二一一六號）

九日　統制刑務所長協議會本省ニ開催サル　期日二日

協議事項左ノ如シ

一、航空機ノ增産ヲ目的トスル刑務作業ノ整備ニ關スル件

二、警備計畫ニ關スル件

十二日　司法省所管內國旅費規則改正サル

（會甲第六五六〇號）

十四日　日本國「フイリッピン」國間同盟條約並附屬文書「マニラ」ニ於テ調印サル

二十二日　高等官官等俸給令中改正ノ件公布サル

（勅令第八七九號）

奏任文官特別任用令中改正ノ件公布サル

（勅令第八八〇號）

有爾勅令ニ依リ橫濱、京都及福岡ノ各刑務所ノ長タル典獄ハ新ニ第五條第一表中ニ加ヘラレ神戶、橫濱、水戶、岡山、福岡、靜岡及京都ノ各刑務所ノ長タル典獄ハ新ニ第五表ノ俸給ヲ受ク

ルコト、ナリ、各特別任用ノ路開カルルコトトナル

二十三日　緊急作業就業受刑者ニ大祭祝日其ノ他ノ免業日ニ於テモ就業セシメ、受刑者ニ對シ國民トシテノ赤誠ヲ發揮セシムルノ道ヲ開ク

（刑政甲第三七九號免業日ニ於ケル緊急作業施行ニ關スル件）

二十四日　大正十一年十月行甲第一五三三號訓令作業技師及作業技手職務規程改正サル

改正條項左ノ如シ

第一條ニ左ノ一項ヲ加フ

作業ノ教導上必要アル場合ニ於テハ上官ノ指揮ヲ承ケ就業者ノ戒護其ノ他ノ事務ニ從事スヘシ

（刑政甲第一五五號）

右ニヨリ作業技師及作業技手ニ對シ戒護權ヲ附與スルコト、ナリ、從來職務遂行上經驗シツヽアリシ幾多ノ不便支障ヲ除去シ一般戒護力ノ强化ニ資スルコトトナル

二十七日　昭和十八年度豫備金支出勅裁ヲ經ル

司法省所管

臨時刑務費補足　二〇三、三六五圓

時局ニ鑑ミ造船等ニ付新ニ構外作業ヲ施行スルニ伴ヒ要スル經費

勤勞青少年輔導緊急對策諸費

一、一三七、四六七圓

時局ニ鑑ミ要保護勤勞青少年ニ對スル教化錬成施設ヲ緊急整備スルニ要スル經費

十二月

十三日　司法省ニ勅任調查官一人ヲ增置セラル

職責權限左ノ如シ

調查官ハ上官ノ命ヲ承ケ調查ヲ掌ル

司法大臣ハ須要ニ應シ調查官ヲシテ所管行政ノ考查ニ關スル事務ニ從事セシメ及各局部ノ事務ヲ助ケシムルコトヲ得

（勅令第九二一號）

十五日　司法省所管外國旅費規則制定サル

（會甲第七二〇四號）

司法省所管南洋群島關東州滿洲旅費規則制定サル

（會甲第七二〇四號）

二十六日　第八十四帝國議會開院式擧行セラル

矯正図書館所蔵

刑事關係文献

（自昭和十八年十月
至同年十二月）

◉刑法、刑事訴訟法

刑事判例評釋集 第三卷
……小野清一郎監修（單、有斐閣 五、〇九）

日本犯罪論
……久禮田益喜（單、巖松堂 五、三〇）

刑法要論
……小泉英一（單、巖松堂 三、一〇）

日本經濟刑法概論
……宮塚道雄（單、日本評論社 八、八八）

經濟法令に關する違法阻却
……岸達也（國家試驗 一五、一〇）

少年の國法侵犯
……大野力男（警察思潮 一六、一〇）

不作爲犯論
……眞山成坤（國家試驗 一、五一〇）

刑事裁判にかける眞實發見の限界としての證據禁止の觀念
……花井忠（正義 一九、一〇）

證據の必要性——刑事證據論Ⅱ
……增永義一（國家試驗 一九、一〇）

統制違反の裁判に對する希望
……高橋潔（正義 一九、一〇）

我が國法と刑事裁判のために
……鈴木才藏（正義 一九、一〇）

刑事手續の容體
……佐々波與佐次郎（法曹會雜誌 三、二）

經濟統制事犯
……八木胖（刑政 五六、四）

燈火管制と犯罪
……市川秀雄（刑政 五六、四）

ナチスドイツの戰時刑法（一—一一）
……市川秀雄（刑政 五六、三—五六、四）

◉刑政關係

死刑と教育刑
……木村龜二（法學 一三、三）

行刑と刑事訴訟との關聯
……國藤重光（刑政 五六、四）

一九四〇年ドイツ統一行刑規程（七—八）
……小川太郎譯（刑政 五六、三—五六、四）

準初犯の處遇に就いて
……根田兼治（月刊刑政 五六、一〇）

刑務作業雜感
……龜澤勝司（月刊刑政 五六、一一）

刑政の精神
……正木亮（月刊刑政 五六、三）

◉其の他

近世日本固有法論考
……奥野彥六（單、笠原書店 三、七〇）

青年學校令要義
……小田定一（單、青年教育普及會 四、七〇）
……森三郎

法律哲學
……大谷美隆（單、巖松堂 三、五）

戰時勞働政策の諸問題
……增田富夫（單、聖紀書房 四、一〇）

德川幕府の赦律について（二・完）
……高柳眞三（法學 一三、一〇）

編輯後記

□新春早々にお贈りすべき本號も、用紙の不足その他に禍ひされて、期日よりも非常に遲れたことを洵に申譯なく思つてゐる。その點殊に、はやばやと玉稿を賜つた木村、佐伯兩先生に深くお詫びしなければならない。

□大東亞戰爭も愈々決戰の段階に入つた。この決戰に勝ち抜く必勝の信念を强固にするためにも、亦、大東亞新秩序建設の一環としてわれわれに課せられた大東亞行刑確立の任務完遂のためにも、その根底となるべき我が日本の國家的道義を深く掘り下げて見るとともに、その法律制度殊に刑罰制度への顯現を如實に把握しなければならぬことを痛感する。その意味に於て、木村、佐伯兩先生の御寄稿を賜り、そのための特輯號とも謂ふべき本號を贈ることの出來たのは編輯部として眞に悦びに堪へない。

□木村先生の御論稿は十七條憲法の歷史的、系譜的研究を顧慮しつゝ特にその倫理的意義を究明せられることに依つて、そこに示されてゐる刑罰觀は飽く迄も人間の性善と改善可能とに對する强い確信に基き慈悲を本として犯人を匡正し、改善し、教育することを主旨とするものであり、それこそ今日の意味に於ける教育刑論に外ならないとされ、佐伯先生は、皇國の道に對する徹底的な擊滅と佛意、漢意に對する徹底的な信念意思を堅持しつゝ、師弟相携へて絶ゆることのなかつた國學の傳統の見地から純日本的なる刑法法理を論究し、刑罰は正しく國家正義の不正に對する償ひ—責任非難—の表現であるが、同時に、それは大きな國家的慈愛に發現するものであるが故にそこには當然に改善思想が生れその手段として刑罰が用ひられるものとし、夫々の立場と理論的基礎を明にせられる。ともあれ、兩先生の說かれる大慈悲の國家的道義こそ現場行刑人のしつかりと把握してゐなければならぬものであることを切實に感ずる。

□資料は市川氏の勞に俟つもの。

（編輯部）

定價表

一	冊（稅共）	金五十錢
四	冊（稅共）	金二圓

廣告

一	等	一頁 金五十圓
二	等	一頁 金四十圓
普	通	一頁 金三十圓

注文規定

●●御注文は總て前金のこと
●●御送金は郵便爲替ならば司法省郵便局取扱にて拂込のこと、但しなるべく振替を利用せられたし、口座は東京二五〇五九番刑務協會とすること

昭和十八年十二月二十八日印刷納本
昭和十九年一月一日發行

編輯兼發行人 澁谷善藏 東京都麹町區霞ヶ關一丁目一番地一
兼印刷人 東京都神田區淡路町二丁目九番地
配給元 日本出版配給株式會社
印刷所 刑務協會印刷所 東京都麹町區霞ヶ關一丁目一番地一
發行所 刑務協會 電話銀座 二三四四・三八二五 振替口座 東京二五〇五九番

昭和十九年三月二十八日印刷納本
（一・四・七・十月各一日發行）
季刊 第五十七卷 第二號

昭和十八年十二月二十八日印刷納本
昭和十九年一月一日發行
（一・四・七・十月各一日發行）
第五十七卷 第一號
（日本標準規格A列五號）